
AS
AS SERVIDÕES REALES

(ESTUDO DE DIREITO CIVIL)

PELO

JUIZ DE DIREITO

Didimo Agapito da Veiga Junior

RIO DE JANEIRO

B. L. GARNIER – Livreiro-editor

71 RUA DO OUVIDOR 71

1887

AS SERVIDÕES REAIS

B. L. GARNIER — livreiro-editor — rua do Ouvidor n. 71.

DO MESMO AUTOR

Da autoria (Direito criminal). 1 v. in-4.º 3\$000

Da tentativa e da cumplicidade, (Direito criminal). 1 v. in-4º4\$000

A lei do recrutamento de 26 de Setembro de 1874. 1 v. in-8º br.
5\$000, enc.6\$000

ALENCAR (Cons. José M. de). — **Esboços Juridicos**. 1 v. in-4º7\$000

— **A Propriedade**. 1 v. in-4º7\$000

ALMEIDA E OLIVEIRA (Dr. A. de). — **A assignação de 10 dias**, no fôro
civil e commercial, 2ª edição. 1 v. in-4º7\$000

— **O beneficio de restituição in integrum**. 1 v. in-4º 7\$000

— **A lei das execuções**. 1 v

BOTELHO (A. A.). — **Roteiro dos escrivães e tabelliães**. 1 gr. v. in-4º
enc.15\$000

COELHO e CASES. — **O Direito a todos** ou collecção em ordem
alphabetica de notas uteis, sobre o direito civil, commercial e criminal. 1
gr. Y. in-4º enc.16\$000

GILBART (J. W.). — **Tratado pratico dos Bancos**, traduzido pelo Dr.
Luiz Joaquim de Oliveira Castro. 3 vs. enc 16\$000

LIBERATO BABROSO (Cons. José). — **Contractos e obrigações**
mercantis. 1 v. in-4º 4\$000

— Letra de cambio , segundo o direito patrio. 1 v. in-4º	3\$000
— Questões praticas do direito criminal . 1 v. in-4º	4\$000
MACHADO (J. O.). — Fiança no crime . 1 v.....	7\$000
MIRANDA (Luiz). — Custas forenses . 1 v. in-4.º	5\$000
PERDIGÃO (Dr. Carlos). — Manual do codigo penal brasileiro . 2 grs. vs	30\$000
ROCHA (Dr. F. J.). — Sociedades em commandita segundo o codigo commercial. 1 v. enc	14\$000
— Sociedades em commandita por acções . 1 v. in-4º enc	18\$000
TAVARES BASTOS (Dr. C. C.). — Consolidação das leis sobre organisação judiciaria . 1 gr. v. in-4º	15\$000
— Direito e praxe policial . 1 gr. v. in-4º	15\$000
— Empregos o officios de justiça . 1 gr. v. enc.....	12\$000
— Guia dos delegados e subdelegados . 1 v. in-4.º	9\$000
— Guia dos inspectores de quarteirão . 1 v. enc.....	2\$000

Typ. PERSEVERANÇA, rua do Hospício n. 85.

AO

CONSELHEIRO

José Fernandes da Costa Pereira Junior

EM SIGNAL DE GRANDE AFFECTO FRATERNAL

OFFERECE

O Autor

INTRODUÇÃO

I. Não estava este trabalho destinado a exceder as modestas proporções de uma monographia das servidões ruraes.

Reflectindo, mais tarde, que a inclusão do estudo das servidões urbanas concorreria para que o trabalho não offerecesse uma deficiencia sensivel, quanto á methodisação, pelo facto da eliminação de um membro importante, n'esse corpo de *direitos reais* que constitue as servidões; alteramos o plano primitivo e empreendemos o estudo das *servidões reais*.

Desde então impoz-se, como necessaria, a divisão da obra em tres partes.

Na primeira expendêmos a doutrina geral sobre as servidões.

Pobre e escasso, o direito escripto sobre as servidões é, entre nós, pouco mais do que o que o direito romano consubstanciou no Liv. 8.º do Digesto, no Titulo 34 do Liv. 3.º do Código e no Liv. 2.º Tit. 3.º das Institutas. ^(a)

^(a) Effectivamente, a bem pouco se reduz o que temos na nossa legislação, para regular o importante assumpto das servidões.

Na Ord.do L. 1º, Tit 68 §§ 24 a 40 achão-se formulados preceitos sobre diversas servidões urbanas, que vemos reproduzidos em muitos dos codigos modernos e que detidamente serão estudados na segunda parte, deste trabalho.

Pela Lei de 9 de Julho de 1773, § 12 confirmada nesta parte pelo Decr. de 17 de Julho de 1778 se regulou a constituição de caminhos e atravessadouros particulares, estabelecendo o caso unico em que esta constituição é admissivel: o de se dirigirem a fontes, ou pontes com manifestar utilidade publica.

Finalmente temos as leis reguladoras das servidões d'aguas particulares e publicas. As primeiras regem-se pelas disposições dos paragraphos undecimo e duodecimo da Lei de 27 de Novembro de 1804, postos em vigor no Brazil pelo Alvará de 4 de Março de 1819.

A concessão das Aguas publicas e particulares tem sido regulada por diversas disposições. Os decretos ns. 3191 de 1863, 3282 de 1864 e 3645 de 1866. representam o ultimo estado da legislação a tal respeito.

O estudo cauteloso e reflectido destas fontes é de summa importancia para nós.

Tambem não escrupulisamos em alongarmo-nos na exposição e critica da doutrina dos commenladores e interpretes daquelle direito.

Da apreciação destes textos, em confronto com a doutrina do direito moderno, é que resultão os noções correctas que temos a expender, nós que ainda lutamos com a grande inferioridade juridica da falta de codificação do nosso direito civil.

Na segunda parte tratamos especialmante das servidões e classificamol-as em *urbanas* e *ruraes*.

Na secção primeira d'esta parte especial estudamos cada uma de per si as servidoes *urbanas*; na segunda secção as *ruraes*. Vê-se que firmamos o nosso estudo em duas classificações:

A primeira geral e comprehensiva de todas as manifestações d'esse *direito sobre a coisa alheia* (jus in re aliena); a segunda especial e referente ao segundo membro daquella classificação.

As servidões dividem-se, segundo a primeira classificação, em *pessoaes* e *reaes*; de accordo com a segunda, as servidões reaes se dividem, por sua vez, em *urbanas* e *ruraes*.

II. — Não temos necessidade de justificar a primeira classificação; no decurso deste estudo fazemol-o em mais de um ponto, e nutrimos a convicção de que não a escudamos com má defeza. Funda-se esta na doutrina romana, dimanada do explicito fragmento de Marciano (L. 1º, D. de servit.) o qual deixou ao abrigo de toda a duvida que o facto de estarem codificados os preceitos sobre as servidões pessoaes em titulos separados daquelle em que o forão as servidões *reaes*. não importa o repudio dos direitos reaes de usufructo, uso e habitação da classe das

servidões, subdivisão justificada daquelles direitos reais tomados em seu restricto sentido, isto é, de desagregação dos elementos do dominio.

O codigo civil francez considerou tambem como servidões propriamente ditas — *as reais*, as que são devidas de predio a predio.

Tratou do usufructo, uso e habitação em titulo separado, logo após aquelle em que se occupou da propriedade, sem fazer a menor referencia ao caracter limitativo dos direitos dominicaes, que é inherente aquelles direitos reais.

Nisto não o acompanharão os codigos subsequentes, que, no geral, sob o titulo de *limitação e modificação* da propriedade, occuparão-se dos direitos reais, que constituem as servidões pessoas. (Cod. Civ. Ital., Liv. 2º tit. 3º; Cod. Civ. do Chile, Liv. 2º tit. 8 e seg.; Cod. Civ. do Uruguay, Liv. 2º, tit. 3º).

O Codigo Civil Argentino comprehendendo o dominio e seus desmembramentos sob o titulo geral de *direitos reais*.

O Codigo Civil Portuguez fazendo a distincção entre propriedade *perfeita e imperfeita*, incluiu n'esta classe o usufructo, o uso, a habitação e as servidões.

Não ha desconhecer, todavia, que, como faz sentir Maynz (Cours de Droit. Romain, vol. 1º, § 125 nota 20), os proprios romanos consideravão as *servidões reais* as servidões por excellencia e as denominavão *jura prediorum*. (Instit. de rebus corporalib. et incorpor., § 3º; Vinnio, Liv. 2º, tit. 3º, n. 2);*reales servitutes velut per excellentiam quandam servitutum denominatione designentur*, diz Voet., (Pand. Liv. 8º, tit. 1º, n. 1).

Quanto á classificação em *urbanas e rurais* é ella completa: comprehendem-se nestes dous termos as diversas especies de servidões, sem necessidade de subdistincções improficuas.

Não levamos, com estas palavras, em mente censurar as modernas classificações das servidões em *continuas* e *discontinuas*. *apparentes* e não *apparentes*; são inteiramente accordes com a natureza das cousas (e é este o seu melhor titulo de procedencia) e são de efficassissimo effeito em referencia á aquisição e extincção das servidões por prescrição.

Desejamos apenas firmar bem claramente que é perfeita a classificação das servidões em *urbanas* e *rurais*: tudo está em ligar-se a cada um dos membros da classificação a sua verdadeira noção.

Da incorrecção n'este importante topico têm dimanado todos os erros.

III. A noção fundamental é a que offerece o fragmento de Paulo: *servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt*. (L. 3. D. de servit.)

As servidões urbanas são as que se ligão á superfície; as rurais as que se prendem ao sólo.

Assim firmada, a classificação apoia-se em facto permanente: não se dão essas oscillações na natureza de direitos reais, oscillações impossiveis de serem aceitas, sem offensa da systematisação do estudo das relações juridicas creadas pelo estado de dependencia e de restricção de direitos dominicaes, que imporia o estado da servidão.

O mal proveio da falsa doutrina que classificava as servidões em *urbanas* e *rurais*, segundo a natureza do predio dominante.

Pretenderão apoiar tal systema na Lei 1ª do Dig. Comm. praed., onde Ulpiano, bem longe de curar da classificação de tais servidões, trata de definir o que se deva entender por predios rusticos e urbanos, e accentúa o principio capital em materia de servidões: que estas não podem existir sem os predios.

A definição dos predios completou-a o mesmo Ulpiano na Lei 198, D., de verbor. signif., e nas Leis 166 e 211, do mesmo titulo, elucidando o verdadeiro sentido das expressões — *urbana* e *rustica*. A referencia que na nota 79 á citada Lei 198 da edição academica do *Corpus Juris Civilis* se faz á L. 1^a Comm. praed., é prova de que n'esta se curou apenas da fixação do sentido das expressões cuja definição preocupava o jurisconsulto no frag. 198 de verb. signif.

A conciliação dos textos é, como se vê, facil.

Ulpiano trata de definir o que sejam predios urbanos e rusticos; Paulo firma o principio regulador da classificação das servidões em *urbanas* e *rusticas*, e conforme este, pertencem á primeira especie todas as servidões que entendem com a *superficie* e á segunda as que se fixão no *sólo*.

Esta classificação não traz o inconveniente de se vêr a mesma servidão ora incluída entre as *urbanas*, ora entre as *rurales*, segundo o predio dominante é urbano ou rustico; antes desde que a servidão se ligar aos *edificios* ella será urbana (por ex. o *stillicidium*, a *altius non tollendi* &c. &c.) e sempre que se apoiar unicamente no sólo, será rural, (por ex., as servidões *iter*, *actus*, *via*, *aqueductus* &c. &c.)

Estudado com criterio e attenção, o texto de Ulpiano (L. 198 D. de verbor. signif.) apoia esta doutrina, pela definição que dá do que seja predio urbano ou rustico.

Urbana praedia, omnia aedificia accipimus, non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis... *quia urbanum praedium, non locus facit, sed materia etc. etc.*

Os antigos interpretes do direito romano classificavão as servidões segundo a natureza do predio dominante: *Urbanæ dictæ quæ urbanis rusticæ quæ rustices sunt debita*; denominatione facienda a proedio dominante, sic ut servitus urbana sit, ubi praedium dominans tale est; etsi si serviens non urbanum sed rusticum foret &c. &c. (Voet, Obr.

cit., n. 4; Vinnio, loc. cit., n. 4 in fine); e essa foi a base da classificação aceita pelos antigos civilistas portugueses (B. Carneiro § 75, n. 1; Lobão, Casas, § 42; Corrêa Telles, Dig. Port. Liv. 3º, tit. 5, art. 443).

O Código Civil francês deu entrada em suas disposições a esta doutrina (art. 687) e d'ahi vem o julgarem, com justa razão, esta classificação inútil e sem efeitos jurídicos; accresce que ao lado d'ella foi pelo mesmo Código adoptada a classificação das servidões em *continuas* e *discontinuas* (art. 688) que absorve os efeitos regulares e estaveis das *urbanas* e *ruraes*.

Mais coherentes foram os códigos de Portugal, Chili, Uruguay, republica Argentina e Italia, que não a mencionarão.

Os modernos interpretes do direito romano, tem, na maior parte, porém, ligado á classificação o seu verdadeiro sentido.(Molitor, Servit. n. 30; Maynz, Cours du Droit romain, vol. 1º, § 132, pag. 821; Ortolon, Comment., á Instit., Liv. 2º, Tit. 3º, n. 447; Accarias, n. 269, segundo periodo) e os nossos escritores modernos, que se tem occupado do assumpto, a têm aceitado como completa.(Lafayette, Dir. das Cousas, § 119, A).

IV. Segundo a nossa doutrina comprehende-se em regra nas servidões urbanas as *continuas* e nas ruraes as *discontinuas*.

Esta classificação inaugurada pela Glosa e aceita, com justa razão, pelo direito moderno, como fundamental e de elevado alcance juridico; não fez mais do que pôr em saliencia certos caracteres inherentes ao uso, ou exercicio das servidões e que já não haviam escapado á prespicacia dos jurisconsultos romanos.

Servitus prædiorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt: et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia TALES SUNT SERVITUTES, UT NON HABEANT CERTAM CONTINUAQUE POSSESSIONEM: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo

momento possessio ejus interpellari videatur. IDEM ET IN SERVITUTIBUS PROEDIORUM URBANORUM OBSERVATUR. (L. 14, pr. D. de servit).

A *continuidade* das servidões urbanas e a *discontinuidade* das rurais estão patenteada de modo saliente!

Paulo não era jurista que desconhecesse a natureza de tais servidões a ponto de fixar a *continuidade* nas servidões *urbanas* se estas se devessem classificar, segundo o predio dominante, o que daria em resultado poder ser repellido pela força da natureza essa qualidade característica, e a servidão urbana ser descontínua, hypothese contraria ao principio capital reconhecido no texto.

De facto, segundo a doutrina que combatemos uma servidão de caminho, ou de passagem, ou de tirada d'água, pôde ser *urbana* se o predio dominante o for e no entanto tal servidão é *descontínua*! Como, pois, conciliar com tal doutrina o texto expresso de Paulo, que acima transcrevemos, senão porque tal fragmento do notavel jurisconsulto consagra a classificação das servidões em *urbanas* e *rurais*, não segundo o predio dominante, mas segundo a propria natureza de tais servidões, clara e profundamente revelada na L. 3.º D, de *servitutibus*?

E' com fundamento que concluímos que a classificação das servidões em urbanas e rurais não se fazia no D. R. segundo a natureza do predio dominante, mas segundo a indole bem caracterizada de cada uma dessas especies de servidões, que se revelava na continuidade de umas e discontinuidades de outras:

Com grande procedencia Ortolan, commentando o titulo 3.º do Liv. 2º, das Institutas, diz no n. 45:

cependant, parce que nous venons de dire on doit voir que la division en servitudes urbaines ou rurales SE RAPPORTAIT A PEU PRES A CELLE DES SERVITUDES CONTINUES OU

DISCONTINUES, QUOIQUE LA CHOSE NE FUT PAE
FORMELLEMENT EXPRESSE. ^(b)

V. Não é menos infundada, do que a dos interpretes do direito romano, que emprestarão a este direito a classificação das servidões em *urbanas* e *rurales*, como operando-se segundo a natureza do predio dominante, a dos civilistas portuguezes, acima citados, que pretenderão perfilhar no direito portuguez a mesma doutrina.

O exemplo das servidões classificadas como urbanas no nosso direito, basta para levar á evidencia a crença de que taes servidões não se ligão senão á *superficie*, aos edificios, ás construcções de qualquer especie, o que indica que a sua classificação fundou-se na natureza das *proprias servidões*, com pleno reconhecimento da noção fundamental de Paulo consagrada na Lei 3, D. de servitut.

Todos os nossos civilistas concordão em reconhecer como exemplo de servidões *urbanas* e como as mais frequentes, as seguintes:

a) A de metter trave no predio alheio.

b) A de ter casa ou telhado sobre sólo alheio.

^(b) Alguns interpretes modernos do direito romano(Molitor. Serv., n. 4; Maynz, § 134 nota 10, § 142 nota 18 e § 145 nota 16) parecem de certo modo attacar a doutrina que acima deduzimos do frag. 14 D. de *servitut.*, affirmando que os romanos sómente denominavão *discontinue* as servidões que se exercitavão por tempos interpollados e citão em apoio desta asserção as seguintes Leis: 7ª e 10ª § 1º, D. quemad servit. amitt.; 1ª § 2º, 2, 5 e 6 § 3º, D. de aqua cottid. et æstiva e as Leis 13 e 14 Cod. de Servit. et aquae. No emtanto, em nenhum destes textos se vê empregada a expressão *discontinuae*. Nas Leis do Digesto citados, trata-se, é certo, de servidões de exercicio alternativo; mas em nenhum desses fragmentos os jurisconsultos designão o modo pelo qual as denominavão, designação que tambem não é feita na Lei 14 Cod. de servit. et aqua, onde foi regulado o modo de extingui-las pela prescripção!

A denominação de *continuas* e *discontinuas* nasceo na escola que, sob a protecção da Condessa Mathilde, fundára o grande Irnerio em Bolonha, e na qual sob a denominação de Glosadores, brilháão jurisconsultos notaveis como reconstituidores dos estudos do direito romano na idade media. (Sclopis, Hist. da Legislat. Ital. vol. 1º, Cap. 1º, pág. 22; Maynz, Cours de Dr. Rom., Intr. Hist., n. 256), já o dissemos o repetimol-o; o que, porém, torna-se irrecusavel é que o frag. de Paulo por mim citado (L. 14 D. de servit.) faz aliente que este jurisconsulto havia perfeitamente reconhecido que as servidões rurales não têm *continuidade* no exercicio: *non habent continuam possessionem*, ao passo que as urbanas a tem—*in servitutibus proediorum urbanorum observatur*.

c) A de não poder o serviente levantar a casa, ou parede.

d) A de não tirar a vista das janellas.

e) A de lançar fumo, aguas servidas, residuos, para o predio serviente. (*B. Carn.* § 75, n. 7. *Ribeiro de Moura*, Manual do edificante, §§ 22 a 28; *Lafayette, Dir. das Cousas*, § 129 e notas: *Consolidação das Leis Civis*, arts. 936 a 957).

Todas estas servidões localisãm-se *in superficie*.

Por outro lado, as servidões, classificadas entre as ruraes, todas se localisãm *in solo*. Si é verdade que a natureza do predio dominante é que imprime á servidão a sua qualidade de *urbana* e *rural*, como classificar antecipadamente um certo numero de servidões entre as *urbanas* e outras entre as *ruraes* e isto com a circumstancia muito notavel, de serem as primeiras *todas* fixadas na superficie e as segundas no *sólo*?

Não insistiremos mais. Parece-nos amplamente justificada a *utilidade* e o *fundamento juridico* da classificação que adoptámos.

VI. Uma ultima reflexão.

Apesar da ideia desfavoravel que os organisadores do Cod. Civil francez ligavão ás servidões, ao ponto de, falseando os noções juridicas, recusarem a denominação de servidões aos direitos de usufructo, uso e habitação, para não suporem a possibilidade do reconhecimento juridico de servidões de pessoas (*Demol., Distinct. des biens*, n. 211; *Servit.*, n.3; *Mourlon, Répétit. Ecrit.*, n. 1659; *Laurent, Droit Civ. Intern.*, vol. 7, n. 332) a tendencia do direito moderno é despil-as d'esse character odioso (*Solon, Servit., Introd.*, n. 3 e seg.) não porque ellas não importem uma restricção á liberdade do exercicio dos direitos dominicaes, mas porque, contemplando sob ponto mais elevado esta creação juridica, chega-se ao conhecimento de que é ella elemento

essencial na vida social, e condição de paz e de cordialidade no trato das relações oriundas do facto importantíssimo da vizinhança.

Assim considerando-se, por um instante, a servidão, não sob o aspecto da restrição que impõe ao direito de propriedade do serviente, mas sob a face da utilidade que presta ao dominante, modifica-se, por sem duvida, a feição odiosa, que as primeiras codificações conhecidas lhe imprimirão, com o nome sinistro de *servidão*.

A sua antiguidade atesta a necessidade do seu uso. Já nos fragmentos 6, 7, 8 e 9 da Taboia 7^o, da Lei das 12 Taboas, se veem regulados factos de verdadeira servidão (*Lei das 12 Taboas*, no Appendice da Histor. do Dir. Rom. de Ch. Giraud).

Hoje que o direito moderno completa, como fal-o sentir E. Giasson, a consagração da propriedade romana, e apaga os ultimos traços dessa propriedade collectiva de origem germanica e slava, que, aliás, ainda nestes tempos, merece os applausos e a defeza ardente de um dos mais lucidos espiritos contemporaneos (Em. de Lavelye, *De la Propriété et de ses formes primitives*, Introd. pag. XI e XII); hoje que as tendencias da individualisação do dominio vão até gerar apprehensões nos animos dos economistas, pela necessidade da divisão progressiva do solo, ao ponto de chegar á consequencia da minuscula propriedade territorial, á que denominou-se modernamente *pulverisação do sólo* (Paul Le roy Beaulieu, *Répartition des Richesses*, cap. 6^o); a frequencia das servidões ha de dar-se como resultante necessaria da multiplicidade das propriedades de pequenas areas, entre as quaes os encravamentos, a falta de aguas sufficientes, hão de tornar indispensaveis os caminhos pelos predios alheios, a tirada d'agua dos dominios vizinhos, a constituição, finalmente, de servidões, sem as quaes a exploração desses pequenos territorios, a utilização desses dominios minusculos tornar-se-hão impraticaveis.

VII. Si a nossa area vastissima do terreno não deixa antever este estado de cousas, senão em remotissimo futuro, todavia, a progressão em que caminha o principio da subdivisão da propriedade nos velhos paizes da Europa, aproxima, de certo, a passos não muitos tardos, a época em que a superabundancia da população agricola, presa ao sólo pelos laços da pequena propriedade torne, por força das leis reguladoras da successão em muitos desses paizes, a *hypothese* da pulverisação do sólo uma triste realidade para o futuro economico da producção.

As servidões serão então o complemento necessario desses dominios fraccionados, e encaradas, não mais pelo aspecto do *onus* que impõe ao predio sujeito, mas pela *utilidade* que prestão ao dominante, serão indispensaveis para tornar possivel o aproveitamento das areas limitadas de terras, desprovidas de todos os meios que as grandes propriedades poem ao alcance de seus donos, e que sómente poderão ser encontradas nos predios confinantes ou proximos, utilizando-se assim de recursos que fornecerá o estado de vizinhança que Solon (Introd. n. 3) diz ter sido uma das primeiras necessidades da ordem social.

AS SERVIDÕES REAES

PARTE GERAL

Noção e natureza da servidão. —
Indivisibilidade. — Inalienabilidade. —
Constituição das servidões. — Direito e
quasi posse da servidão. — Sua protecção.
— Efeitos geraes da servidão.

1. — A servidão é um direito sobre a coisa alheia, por força do qual é esta sujeita a prestação de certos serviços a pessoa ou coisa determinadas, ou é seu proprietário impedido de exercitar direitos, que, a não ser a existencia d'ella, poderia exercer. (VanWetter, § 220, n. 2; Molitor, Servil., n. 1; Accarias, Précis de Dr. Rom. n. 264; Maynz, § 124; B. Carneiro, § 74, ns. 1 e 2).¹

¹ A noção que damos da servidão é a mais conforme com a definição classica: Servitus est jus in re aliena quo dominus aliquid pati in suo vel non facere tenetur ad alterius utilitatem.

O predomínio nesta noção do elemento subjectivo do direito resolve as difficuldades sobre classificações e torna de indiscutivel procedencia a divisão das servidões em reaes e pessoas.

A definição da servidão pelo seu elemento objectivo unicamente, isto é, pelo onus, torna necessario o desconhecimento das servidões pessoas, na maior parte das quaes o desmembramento do dominio é saliente e de maior importancia, pela parte desmembrada, do que nas servidões reaes.

O direito de usufructo importa, por certo, em mais notavel desmembramento de dominio do que o direito de caminho, ou de tirar agua, ou de impelir que se elevem as construcções e os edificios de qualquer especie.

No emtanto quasi todos os Codigos modernos definirão as servidões pelo seu elemento objectivo, ou pelo encargo.

Antes, porém, de ser encargo a servidão é uma condição de vida e de aproveitamento para o predio dominante, e imposta pelas relações de vizinhança.

E'de toda a necessidade despir a servidão d'ese character odioso que lhe resulta, quasi exclusivamente, da noção, que d'ella se costuma dar, pela saliência que se empresta em suas definições ao elemento objecto. As servidões não são desfavoraveis, como se diz geralmente.

C'est une erreur, diz com razão Sólon, et nous devons d'autant mieux la signaler, qu'il en est bien peu qui aient produit tant d'autres erreurs en jurisprudence. (Sólon. Obr. Cit. Introd. n.3).

O Codigo Civil francez define a servidão:

Une servitude est une charge imposée sur un heritage, pour l'usage et l'utilite d'un h'èritage appartenent á un autre propriétaire. (Art.637).

E' uma manifestação accentuada do direito real no sentido restricto (jus in re aliena). – (Maynz, § 124, Solon, servit., Cap. 1º., n.4 Dir. das cousas, § 114, n. 4.)

E' um desmembramento do dominio e como tal não pôde coexistir com este.

D'ahi o não poder ter-se-servidão na coisa propria: *nemini res sua propria servire potest; nulli res sua servit.* (Lei 26 D. de servit. proed. urban.; L. 33, § 1º. D. de servit proed. rust.; L. 5. D. pr. si usufr. pet.; Lei 78 princ. D. de jure dotium; Van-Wetter, § 220; Accarias, n. 264; Maynz, § 124; Pardessus; Servit., P. 1º. Cap. 1º., § 4º.; Demolombe, Serv. ns. 1 e 4).

Estão excluidas desta definição as servidões pessoas: elas são tratadas no Titulo 3º, do liv. 2º, em dous capitulos comprehendendo o usufructo, o uso e a habitação e as suas modalidades. Em occasião opportuna entraremos na apreciação da classificação das servidões em reais e pessoas.

A servidão predial consiste no encargo imposto a um prédio para uso e utilidade de prédio pertencente a outro proprietário. – (Cod. Civil. Italiano, art. 531.)

A servidão é um encargo imposto a qualquer predio, em proveito ou serviço de outro predio pertencente a dono diferente; o prédio sujeito a servidão diz-se, serviente e o que d'ella se utiliza dominante. (Cod. Civil Portuguez, art. 2267.)

Servidumbre es el derecho real, perpétuo ó temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de el, ó ejercer ciertos derechos de disposicion, ó bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad. (Cod. Civil Argentino, Liv. 3º. Tit. 12, art. 1º).

Servidumbre predial, ó simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. (Cod. Civ. Oriental, art 512).

O direito de servidão força um proprietario a tolerar ou a não fazer qualquer coisa sobre a sua propriedade em vantagem de outrem. E' um direito real cujo effeito estende-se a todo o possuidor da coisa sujeita á servidão. (Cod. Civil Austriaco, art. 472).

Servidumbre predial, ó simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. (Cod. Civil Chileno, art. 820).

A noção que o Codigo Civil Hespanhol dá das servidões, é segundo Lehr, (Dir. Civil hespanhol, n. 367):

Um direito constituido sobre o predio de outrem em virtude do qual o proprietario do dito predio é obrigado a soffrer ou a não fazer alguma coisa.

Como se vê, apenas os Codigos austriaco, hespanhol e argentino deixarão de fixar a ideia da servidão pelo seu objecto o encargo e não abandonarão a definição classica dos Jcs. romanos, que comprehende a parte subjectiva da servidão, isto é, a sua noção como direito.

A servidão produz-se como encargo, mas só se justifica como direito. Ambos os elementos são consequentemente essenciaes para a accentuação de sua noção morphologica. Esta é incompleta desde que se exclua da classificação a servidão pessoal, como adiante veremos.

Poder-se-ha, porém, ter servidão sobre um prédio do qual se é condômino?

Poder-se-ha ter, em proveito de um prédio comum, servidão sobre o prédio do qual se tenha a propriedade exclusiva?

A distinção que faz Molitor (n. 11), para responder a estas questões, entre o caso de aquisição e o de conservação das servidões é de inteira procedência.

A indivisibilidade das servidões impede que possa alguém adquirir servidão sobre, ou a favor, de prédio de que é condômino.

A aquisição seria, neste caso, por *parte indivisa* o que vedão textos expressos. (L. 8.º. § 1.º. D. de servit.; L. 26, D. do servit. proed. urban.: L. 6, § 1.º. D. Comm. proed.)

2. — É um direito real; conseqüentemente:

a) Só pôde versar sobre uma coisa; a ter por objectivo uma pessoa transformar-se-hia em obrigação de fazer e — *servitus in faciendo consistere nequit*.

A prestação da serventia, a effectividade do direito opera-se pela própria coisa; (Maynz, § 124; Molitor, n. 9; Van-Wetter, § 220; Accarias, n. 264; Pardessus, Serv. n. 9; Demol. n. 10) e é reclamável contra o terceiro detentor, porque: *predio cui debetur inhoeret* (Solon, n. 4; B. Carn., § 74, n. 4; Dir. das Coisas, § 114; Cod. Civ. Argentino, Liv. 3.º, Tit. 12, art. 1.º e nota ao mesmo): é o característico do *jus in re* (L. 12. D. Comm. proed.; Leis 47, 48 e 49 D. de contrah. emp.; Maynz, § 76).

b) Transfere-se com o domínio da coisa:

Em relação ao proprietário serviente a servidão consiste: em sofrer o exercício do direito alheio, *in patiando*, ou em abster-se de exercer o direito que lhe é próprio, *in non faciendo* (L. 15 § 1.º, D. de

servit.; L. 6, § 2, D. si serv. vindic.; Accarias, n. 264; Mackeldey, § 309, n. 2; Van-Wetter, § 220.

Distingue-se da obrigação: em que esta é um laço pessoal, que gera direitos apenas entre os contractantes e seus herdeiros, ao passo que o direito de servidão exercita-se contra terceiros. *Servitutem non hominem debere, sed rem*, diz Ulpiano. (L. 6, § 1.º D. si serv. vindic.)

A servidão não se desagrega da pessoa ou coisa em favor das quaes foi constituída; perde-se com ellas. O que significa que é, por si só, inalienavel. *Nemo potest servitutem adquirere, vel urbani, vel rustici praedii nisi qui habet praedium*. (L. 1.º, § 1.º D. Comm. proed. B. Carn. § 74, n. 5; Dir. das Cousas, § 115; Solon, Cap. 1.º, n. 4; Mourlon, Répétit. Ecrit, n. 1655.

3. — A servidão não se presume: antes sendo amplissimo o exercicio ao direito de propriedade, em favor da plena liberdade desta é que milita a presumpção. D'ahi duas consequencias de alta importancia: a) A servidão deve ser constituída e provada de modo explicito; b) a sua interpretação é sempre *stricti juris*. (L. 9. Cod. de servit. et aqua; Accarias, n. 264; Mackeldey, § 309, n. 5; B. Carneiro, § 74, ns. 26 e 28; Molitor, n. 6 e 7; Cod. Argentino, nota de Sarsfield, ao art. 2.º, do Tit. 12 do Liv. 3º; Coelho da Rocha, § 588, n. 1 e 2; Zacharias, § 339 &.)

Da presumpção de liberdade reconhecida em favor do exercicio da propriedade resulta, como corollario, não só que o proprietario tem a mais plena disposição de seu dominio, como que assiste-lhe o direito de impedir que terceiro perturbe esse exercicio ou pratique actos que importem o exercicio de direitos dominicaes. *In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienuni committat*.

A ninguém é dado exercitar uma servidão sem provar que a adquirio *bona fide*: ou por facto humano, ou por força da lei: isto porque a servidão é uma limitação da propriedade. (Molitor, n. 6; Didier-Pailhé n.

210). Vinnio arremata a consagração d'estes principios capitaes com o seguinte e judicioso conceito: *Per se autem servitus, et respectu ejus, a quo debetur, non jus est, sed juris privatio aut imminutio*: (Liv. 2.º tit. 3.º, n. 1).

4. — A servidão tem como fundamento essencial a utilidade do predio dominante. Sem urna vantagem, ainda que voluptuaria, de adorno, de maior commodidade para o predio ou pessoa agente do direito real, este não subsiste, a servidão não se mantem. (Lei 15 D. de servit.; Vinnio, loc. cit. n. 1; Molitor, n. 10, Didier-Pailhé, n. 211; Mackeldey, § 309, n. 3; Accarias, n. 265, Maynz, § 132; veja-se as leis: 8ª e 19ª D. de servit., Leis 3, 15 e 16 D. de servit. proed urban. Lei 6ª, § 1º de servit. proed rusticor; L. 8ª, § 1º D., si serv. vind., L. 3, D. princ. de aqua quotid.; C. da Rocha, § 588, n. 3; B. Carneiro, § 74, ns. 24 a 25; Dir. das Cousas, § 115, n. 1; Pardessus, n. 13).

5. — A servidão não pode ser objecto de outra servidão, *servitus servitutis esse non potest*: diz Paulo na Lei 1º, D. ae usu et fructu. (Mackeldey, § 309, n. 1; Didier-Pailhé, n. 210; Molitor, n. 12).

O fundamento desta decisão é que a servidão só se legitima pela utilidade que presta ao predio em favor do qual foi constituida; é uma restricção de dominio; a servidão de servidão, não se comprehenderia mais do que a restricção de restricção de direitos senhoris.

Poderá, porém, com o consenso do serviente fazer participar da prestação da utilidade da servidão a mais outro predio, quando não se onera o predio serviente?

Figure-se o exemplo da Lei 24 D. de servit. pred. &.

Trata-se n'ella de saber si a agua que em virtude de uma servidão de aqueducto passa por um predio pode ser tambem utilizada por esse predio intermedio.

Labeão opina pela afirmativa; Pomponio julga, porém, mais acertada a decisão contrária de Proculo. Molitor (n. 12) condena como muito absoluta a opinião negativa de Pomponio, e aconselha, como mais aceitável, a que produziu Labeão, desde que o dono do predio serviente, em favor de quem é feita a proibição, annua a que o dono do predio intermedio e de transito do aqueducto se utilize da agua, alvitre, aliás aprovado por Africano na Lei 33, § 1º D. do mesmo titulo.

Ha, porém, quem julgue a opinião de Africano unicamente applicavel ao caso da servidão de aqueducto.

Fundão-se os que assim opinão na propria natureza das servidões, e nos seus principios fundamente. A restricção na interpretação das servidões, não pode deixar de ser observada, não sómente quanto ao modo de exercitar o direito, como quanto ao sujeito em favor de quem elle póde ser exercido.

Consentir que outrem partilhe a agua do aqueducto por consenso do dominante e autorisação do serviente é desnaturar a servidão. (Dir. das Cousas § 115, n. 5).

6. — Para o exercicio das servidões sendo essencial que os predios não se achem a grande distancia um do outro, de modo a tornar-se materialmente impossivel a pratica dos actos que constituem a servidão, exige-se como condicção a vizinhança e, em algumas Servidões, a contiguidade dos predios (Leis 5º, § 1º e 7º, D. de servit. proed. rust., L. 1º § 1º e 6º. D. Comm. proed.; L. 14, § 2º, D. de servit. L. 38 e 39. D. de serv. proed. urb.; L. 12 D. de pignorit et hypoth., L. 5ª e 6º D. si servit. vindic., L. 8. Dig. de operis novi nunc, L. 17, §§ 2 e 3 de aqua et aquoe pluv. &c. Van-Wetter, § 222; Ortolan, Instit., n. 437; Maynz, § 132, Didier-Pailhé, n. 211; Accarias, n. 265, § 4º, B. Carn., § 74, n. 15, Dir. das Cousas, § 115, n. 2; Demol. n. 2; Solon. Introd., n. 3 pag. X).

Nenhum, escriptor produziu com maior acerto o fundamento da necessidade da vizinhança dos prédios do que Ihering nos seguintes e judiciosos conceitos:

A individualização do direito de vizinhança, eis o fim da servidão predial: ella substitue a lei pela vontade do individuo. Ella é para o direito da vizinhança legal o que o testamento é para a successão ab intestato. Toda a theoria das servidões prediaes repousa nisto. Em seus effectos, como em suas condições, ellas são a imagem do direito de vizinhança legal: a acção tem a mesma natureza e o mesmo alcance. (Espirito do Dir. Rom. traduc. de Meulenaere, cap. 3, § 38 do 2º vol.)

7. — Os jurisconsultos romanos exigião que a servidão tivesse uma causa perpetua, isto é, que o estado das cousas fosse tal que o exercicio da servidão podesse ter logar em qualquer tempo, sem necessidade do concurso de um elemento extrinseco. (Maynz., § 132); e como illação concluião, que não éra possivel a constituição de uma servidão de agua, sobre uma agua de pouca duração mas sim unicamente, sobre fontes, aguas fluviaes &c.; que não era admissivel uma servidão de caminho além de um rio que devesse ser atravessado em um barco, e isto porque uma embarcação não é permanente, póde ser removida a qualquer momento; finalmente que a servidão real, não sómente era impossivel quando consistisse em acto positivo do proprietario serviente, como quando, para se tornar effectiva, dependesse de intervenção directa, da pratica de acto do mesmo proprietario serviente. (L. 28, D. de servit. proed, urban.; L. unica, § 4º D. de fonte, L. 1º, § 5º, D. de agua quotid.; Didier-Pailhé n. 212; Accarias, n. 266).

Esta theoria já sem rigor de observancia no direito justiniano. (L. 9. P. de servit proed. rust., L. 23. D. eod. § 1º, L. D. Comm. proed.: L. 1ª § 5º, D. de agua: L. 1ª, § 4º, D. de fonte); não deixou sequer resquicios no direito moderno, e os tratadistas contemporaneos acoimáráo-n'a, com justa razão, de subtileza, (Maynz, Accarias, Van-Wetter, Didier-Pailhé, loc. cit.; Dir. das Cousas, § 115, n. 3, nota 8).

Os codigos modernos nem menção fizeram d'essa condição como elementar da servidão.

Convêm, no entanto, accentuar: que os organisadores do Digesto deixarão de incluir o usufructo, o uso e a habitação no Livro 8º que trata das servidões (apesar do Fragmento de Marciano. L. 1ª. D. de servit. que os considera servidões) porque taes desmembramentos de dominio, cessando pela morte das pessoas que os exercião activamente, offendião o character de perpetuidade exigido nas servidões.²

8. — A indivisibilidade é inherete tanto ao direito da servidão á que os AA. chamão servidão activa, como ao onus da servidão, ou servidão passiva. Ella revela-se na aquisição, no exercicio e na perda das servidões.

9. — E' assim que os condminos do predio dominante adquirem a servidão como um direito proprio de cada um sobre o predio serviente. A aquisição não se opera por partes proporcionaes ao direito dominical de cada condmino: a servidão é adquirida por cada um em toda a sua plenitude.

Assim a exercitão e assim a perdem.

D'ahi estas consequencias:

a) Cada um dos condminos do predio dominante tem em inteiro o direito de servidão, e póde exercital-o (Demol., vol. 12. n. 861; Molitor, Servit., n. 17).

Nem se diga que d'ahi resulta aggravação da servidão, pois, como diz Molitor, a pessoa que exercita o direito de servidão deve limitar-se, nesse exercicio, ás necessidades do predio dominante.

² Os codigos modernos adoptarão o systema inaugurado pelo Francez no artigo 637, e sómente reconhecerão como servidões as reaes.

Qual foi, porém a razão que levou os codificadores francezes a excluir das servidões o usufructo, o uso e a habitação? O não quererem ferir as susceptibilidades nacionaes empregando as expressões—*Servidões pessoas!*—(Demol, Serv. n. 3.) Do que depende a estabilidade das noções juridicas!!

b) O exercício por parte de um dos condôminos evita a prescrição em que incorreria a servidão por abandono dos outros: a razão é que um prédio não pôde ser em parte livre e em parte sujeito á servidão. (Molitor, Servit., n. 17; Demolombe, loc. cit; Cod. Civ. Franc., art. 703 e 710).

Desde, porém, que se dê a divisão do prédio dominante, ou por efeito de partilha, ou de alienações, constituindo-se tantas servidões activas, quantos forem os quinhões ou partes divisas; a prescrição em referencia a um dos proprietários, é á prescrição contra um fundo dominante distinto dos outros, para os seus efeitos juridicos (L. 6º. § 1º. D. quemad. servit. amitt; Demol. n. 863).

c) Extincta a servidão em referencia a um condômino dominante está liberto o prédio serviente, si o direito de servidão não fôr salvo pelo exercício de outro condômino: a indivisibilidade impõe esta consequencia. (Cod. Civ. fr. arts. 709 e 710).

d) No caso de haver sido o prédio serviente dividido em regiões separadas e demarcadas cabe em. favor de cada uma das regiões um direito completo de servidão, exercitavel contra todo o prédio serviente. (L. 6 § 1º., D., quemad. serv. *amitt.*)

N'este caso a servidão activa desmembra-se em, tantas outras quantas são as partes divisas. Resultará d'ahi aggravação da servidão para o prédio serviente?

Nec fit ulla injuria ei, cujus fundus servit, imo si quo melior; quoniam alter dominorum, utendo, sibi, non toti fundo, proficit. (Celso, no fr. supra citado; Molitor, Serv. n. 29).

Si, porém, a servidão houver sido constituída era favor de uma porção apenas do prédio dominante, ella fica pertencendo *in totum* á

parte, ao quinhão a que couber a porção do fundo que tem a servidão: as outras partes divisas ficam sem servidão alguma. (Demol., 12, n. 862).

10. — Em referencia ao onus da servidão a indivisibilidade não é menos absoluta.

Assim:

a) Quanto á aquisição:

O senhor do predio dominante prescreve activamente, contra qualquer dos condminos do predio serviente para o fim de firmar em absoluto a servidão em favor do seu predio, logo que a propriedade de todo o fundo serviente venha a caber ao condmino prescripto. A indivisibilidade opera, n'este caso, o seguinte effeito: firmar em todo o predio a servidão adquirida sobre uma parte indivisa. Bem entendido: se não se realizar o dominio de uma parte divisa, n'esta assentará a servidão prescripta: porque em todo o caso prevalece o preceito da Lei 2 D. de servit. que se vê reproduzida em outros textos. (L. 19. D. de servit. proed. rust.; L. 10 de evict, Accarias, n. 267; Molitor, n. 25; Demolombe, n. 742; Pardessus, n. 253; Cod. Civil Argentino, Liv. 3º. tit. 12, art. 17.)

b) Quanto ao exercicio:

O senhor, ou qualquer condmino do predio dominante, conserva o direito contra o senhor, ou qualquer condmino do predio serviente, pelo facto do exercicio da servidão. A razão é que a servidão é constituída em vantagem do predio dominante: o exercicio de um condmino, proprietario por parte indivisa d'elle, mantém o direito, ainda que em contrario a um dos condminos do serviente. (Molitor, n. 27; à contrario sensu: L. 6º. D. quemod. servit. amit.)

No caso de haver sido prateilhado o predio serviente, conserva o dominante tantas servidões quantas forem as partes divisas: pelo não uso extingue-se a servidão em referencia a qualquer d'essas porções; pelo

contrário o estado de indivisão mantém a servidão ainda quando exercitada contra um só dos condôminos, que possuam o prédio. (Pardessus, n. 303; Solon, n. 486; Demolombe, n. 996.)

c) Quanto à extinção da servidão:

O não exercício por parte do senhor do prédio dominante, extingue a servidão em favor de todos e de cada um dos condôminos do serviente. (Maynz, § 145; Dir. das Coisas, § 117; Accarias, n.º 267).

d) As acções confessoria e negatoria podem ser intentadas em favor e contra os senhores e os condôminos dos prédios dominante e serviente. (Accarias, n. 267, 3ª alínea. Van-Wetter, § 246; Lei 4º. §§ 3º. e 4º D. Si servit, vindic.) O característico da indivisibilidade é, como se vê, a impossibilidade do seu desmembramento em fracções pelo facto do condomínio: quer se trate do direito quer do onus da servidão.

Convém, no entanto, reflectir em que na constituição das servidões há grande liberdade de convenção: a estipulação pode, consequentemente, estabelecer limitações:

a) Na extensão da servidão, convencionando as partes que a servidão de caminho, por ex. de aqueducto &., se localisem em certa parte do prédio, ficando o resto isento do onus. (Accarias, 267; Dir. das Coisas, § 116.)

b) Na modalidade: pode a servidão de caminho ser constituída para certas horas do dia, ou para certos dias da semana; para passagem a pé, a cavallo, de carro, para arrastar madeiras etc. etc. (Dir. das Coisas, § 116.)

A servidão de tirada d'água (aquae. haustus) pode ser constituída com designação de horas para o seu exercício, de quantidade de água, ou qualquer modalidade que affecte o exercício por parte do senhor do prédio dominante. (Leis: 4, §§ 1º. e 2º. D. de servit.; 14, D.

Comm. præd.; 11 pr. quemad. servit, amitt.; Instit. de servit. princ. Resol. de 17 de Agosto de 1775; Dir. das Cousas, § 124.)

11. — A reivindicação da servidão não se póde operar em parte, em vantagem de um só condômino: este reivindica para todos, ainda que fique só em juízo: a perda da acção reverte em prejuizo dos outros: d'ahi o conferir o vencimento da acção confessoria intentada por um só condômino, direito a todos os condôminos para haverem perdas e danos contra o serviente que negou-se á tolerancia da servidão. — (L. 4º. § 3º. e 4º. D. si servit. vindic.; L. 6, § 4º. L. t.; L. 17, D. de servit. L. 1ª. § 5º., D de arboribus coedendis; Demol., n. 960; Pardessus, n. 334.)

A razão é que, seja um só, ou sejam todos os condôminos reivindicantes, quem está, principalmente, em juízo é o predio dominante: é em favor d'elle que se opera a reivindicação, accione um, ou accionem todos os condôminos. (Molitor, n. 17; Leis supra citadas.)

No caso de condôminio do predio serviente a acção confessoria é intentada contra aquelle que contestar o direito de servidão: o julgado prevalecerá contra os outros condôminos; mas as perdas e danos só poderão ser reclamados d'aquelle que houver contestado a servidão. (L. 4º § 4º. D. si servit. vindic.; Demol., n. 960; Pardessus, n. 334.).³

³ No direito justiniano as servidões adquirião-se pela simples convenção. (Mavnz, § 140; Ortolan, Inst., n. 464, not. 2; Accarias, n. 267; Didier-Pailhe, n. 218; Markeldey, § 326, n. 1, nota 10): os principios referentes á indivisibilidade mantiverão-se soffrendo no direito moderno as modificações que apresentamos no texto.

Em outro lugar trataremos da questão que tanto dividio os Commentadores do direito romano:

Si na aquisição das servidões a *quasi-traditio* era um elemento indispensavel.

Por agora limitamo-nos a lembrar, muito rapidamente, a doutrina de direito, deduzida dos principaes textos; a qual deve ser conhecida como illustrativa da indivisibilidade das servidões, tal qual a tem consagrado o direito moderno.

Como é sabido, a servidão adquiria existencia no direito romano em virtude:

De uma estipulação.

Da execução dessa estipulação, que operava a verdadeira constituição.

Do principio da indivisibilidade resultava:

a) Que era nulla a *stipulatio* de uma servidão feita por um condômino em favor do predio, objecto do condôminio, (L. 19 D. de servit. proed. rust.; L. 11 de servit.; L. 5, 6 § 1º.,

12. — Bem ao envez do direito romano (nota 2), onde a execução da *stipulatio* tornava asperas as questões sobre a constituição das servidões, em face do princípio da indivisibilidade, no direito moderno⁴ o

18 (verb.: idem juris) D. Comm. proed.; L. 3. D. de servit. legata) e isto porque, não podendo ser mantida a estipulação em nome dos outros que não estipularão (L. 38 § 17. D. de verb. oblig.) tinha de cair a estipulação, por outra parte, diante do princípio da indivisibilidade que se opõe a que vigore a servidão constituída em referencia somente ao estipulante. (Molitor, n. 19; Maynz, § 140).

b) Na mesma nullidade incorre a estipulação feita por um dos condôminos de um prédio, em favor de outro prédio; (L. 17, D. de servit.) isto porque, como diz Pomponio no citado fr.: *usus eorum indicis est* (L. 2 de servit.; L. 34, princ. D. de serv. proed. rust.; L. 10 princ., D. de aqua pluvi-ar. Maynz, § 140, not. b).

Quando se passava ao desempenho da estipulação, isto é, á verdadeira constituição da servidão, a regra geral era que, para ter a servidão existencia legal, fazia-se preciso que todos os estipulantes a constituíssem. (L. 2. D. de servit.)

Em beneficio, porém, da efectividade das servidões, deo-se á indivisibilidade bastante elastico, para não se julgar-a violada:

Ainda quando operada a constituição por um dos estipulantes, os outros, não *uno acto*, não simultanea, mas successivamente, dessem cumprimento á estipulação (L. 18, D. Comm. proed.); comtanto, porém; a) que os condôminos do prédio conservassem até o final o seu direito de propriedade; b) e a constituição se operasse, por acto *inter-vivos*, porquanto nas servidões constituídas *mortis causa*, a simultaneidade da aquisição por parte dos herdeiros ou legatarios era indispensavel. (Molitor, n. 20; L. acima citada).

No exercicio da *actio ex-stipulatu* revelava-se ainda o rigor com que se observava no direito romano o principio da indivisibilidade.

a) A estipulação feita a todos os condôminos autorisava o uso da *actio ex-stipulatu* in solidum por qualquer d'elles. (L. 19. D. de servit. proed. rust.)

b) A servidão prometida por todos os condôminos pôde ser havida *in solidum* de cada um d'elles. (Molitor, n. 21).

⁴ Com justa razão disse o Sr. Lafayette (Dir. das Causas, § 133, nota 2a.) que prevaleceu sempre no nosso direito a doutrina de não se reputar effectivamente constituída a servidão pelo titulo, sem o exercicio ao direito.

Um dos mais acreditados doutrinadores do nosso direito, levando o culto do romanismo ao ultimo exagero, ensinou que nas servidões afirmativas o contrato ou promessa da servidão dá por si sómente um *jus ad rem* e, para ser adquirido o *jus in re*, cumpre que acceda sempre a *quasi tradição* isto é, a pratica do acto da servidão, por parte do adquirente, com a paciencia do dono serviente. (B. Carneiro, § 78, n. 2, vol. 4º.)

Como consequencia importantissima desta doutrina o senhor do prédio dominante não tinha contra o do prédio serviente, enquanto não entrasse na quasi-posse da servidão pelo exercicio, senão uma acção pessoal, para cumprimento do contracto e com a simples sancção de prestação de perda e danos.

Felizmente a possibilidade de duvida desapareceu de entre nós.

Em virtude do que dispõe o art. 264 do Decreto n. 3453 de 26 de Abril de 1865 a transcrição do titulo constitutivo da servidão opera todos os efeitos contra os terceiros independentemente da quasi-tradição, e o que mais é, a celebre *quasi-tradição*, revelada pelo exercicio da servidão, não opera esse effecto; só o consegue a transcrição do titulo.

E' esta a doutrina do direito moderno.

Um dos mais adiantados jurisconsultos (Demolombe, Traité des servitudes, vol. 2, n. 733) vae mesmo até achar rigorosa a exigencia da transcrição em referencia ás servidões continuas e apparentes, por se revelarem facilmente aos terceiros: a razão da Lei franceza de 23 de Março de 1855, e que actuou igualmente no espirito do nosso

princípio aceito da constituição das servidões pelo contrato e independente de quasi tradição, reduziu de muito o interesse do estudo da indivisibilidade das servidões, a qual, como bem diz Molitor (n. 22) sómente deve ser examinada em seus efeitos nos seguintes casos:

a) Quando a servidão foi estipulada por um só dos proprietários do prédio.

O direito moderno, em contrario ao direito romano, considera válida a servidão convencionada, por um só dos condôminos de um

legislador de 1865, foi justamente fazer independêr da necessidade do exercício a validade e a effectividade da servidão.

Quiz elle que, ainda quando não revelada pelo exercício ella fôsse tida como validamente constituida era sua qualidade de direito real pelo simples título que lhe dava origem e que se impusesse ao respeito dos terceiros, desde que ao conhecimento d'elles chegasse a sua constituição legal denunciada pelo registro.

Foi sem duvida um grande passo essa constituição de um direito real, sem a superticiosa necessidade da *quasi-traditio*.

A indivisibilidade das servidões, com quanto desconhecida como da essência desses direitos reais, por alguns autores (Pardessus, n. 22), esta consagrada por expressas disposições de quasi todos os códigos:

COD. CIV. PORTUGUEZ, art. 2269: As servidões são indivisíveis: se o prédio serviente fôr dividido entre varios donos, cada porção ficará sujeita á parte do servidão que lhe cabia; e, se o prédio dominante fôr dividido, poderá cada consorte usar da servidão sem alteração nem mudança.

COD. CIV. ORIENTAL art. 516: Las servidumbres son indivisibles: dividido el predio serviente, no varia la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla, aquel ó aquellos á quienes toque la parte en que se ejercia.

Dividido el predio dominante, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente.

COD. CIV. CHILENO, art. 826: Dividido el predio serviente no varia la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquel ó aquellos a quienes toque la parte en que se ejercia.

Art. 827: Dividido el predio dominante, cada uno de los nuevos dueños gozará dela servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente.

COD. CIV ARGENTINO, Tit 12, art. 38: Las servidumbres reales son indivisibles como cargos y como derechos, y no pueden adquirirse ó perderse por partes alicuatas ideales, y los propietarios de las diferentes partes pueden ejercerlos, pero sin agravar la condicion de la heredad sirviente.

Art. 39. La indivisibilidad de las servidumbres no impide que en su ejercicio puedan ser limitadas respecto el lugar, tiempo y modo de ejercerlas.

COD. CIV. FRANCEZ, Art. 700: si l'heritagé pour le quel la servitude a été établie vient á être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée.

Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit.

COD. CIV. AUSTRIACO, art. 485: Toute servitude est aussi cosiderée comme indivisible en ce sens que le droit établi sur le fonds ne peut être ni alteré, ni divisé par l'augmentation, la diminution ou le morcellement du fonds.

predio, em favor desse mesmo predio: é a consequencia da repulsão do principio — *alteri stipulari nemo potest* do fragmento de Ulpiano (L. 38, § 17, D. de verb. Oblig., Demol., n. 761; Pardessus, n. 263; Dir. das Cousas, § 117, B. Carneiro, § 74, n. 21; Molitor, n. 23 e 24).

Em face da doutrina do art. 1119 do Cod. Civil francez que admite a estipulação feita em nome alheio, e do facto de constituirem-se as servidões no direito moderno pela convenção simplesmente, e não houve, consequentemente, necessidade de tradição do direito da servidão, nem possibilidade das duvidas que no antigo direito se suscitavão sobre os efeitos da estipulação em referencia á constituição das servidões, tem-se entendido que a servidão constituída em nome alheio é de indiscutivel validade.

aa) Quando ha mandato de condominos. (Molitor n. 24).

aaa) Quando na falta de mandato, os condominos confirmão a constituição.

aaaa) Quando a parte do predio sujeito a servidão cabe em partilha ao constituidor.

aaaaa). Quando o condomino que estipulou a servidão, torna-se unico proprietario no predio. (Demol. n. 761, Pardessus, n. 262; Molitor n. 22 e segs.)

A servidão constituída pelo condomino, sob a condicção da aprovação dos outros condominos, resolve-se pela recusa d'essa aprovação. (Molitor n. 24.)

13. — Como se vê estamos bem distanciados do direito romano, e, como diz Molitor (Obr. cit. n. 24), mantem-se a servidão constituída em favor de um predio, pelo exercicio do direito por parte de um só coproprietario em virtude dos dois seguintes principios aceitos pelo direito moderno: que as convenções se interpretão segundo a intenção das partes,

e não de acordo com as severas regras do Direito Romano, referentes às estipulações; que a servidão se estabelece pela simples convenção.

14. — b. Quando um só dos condôminos de um prédio consentio em reconhecer neste uma servidão.

A série de relações de direito criadas por este facto é a seguinte:

bb). A servidão, em princípio, fica constituída em referência ao que a reconhece: a prova é que esse é obrigado a tolerar o exercício da servidão, e se adquirir o domínio exclusivo de todo o prédio este fica inteiramente gravado pelo onus da servidão, retrahindo-se assim ao tempo do consentimento à servidão. Acresce que no direito moderno a estipulação, acarretando a constituição da servidão, o direito real firma-se pelo facto da mesma estipulação: n'elle transformou-se o direito pessoal reconhecido na L. 11, D. de servit. proed. rusticorum. (Molitor, n. 25).

bbb). Em referência aos demais coproprietários a servidão não existe, em quanto não annuirem todos ao reconhecimento d'esse direito real; o que importa dizer que o prédio commun não fica gravado pelo simples facto do reconhecimento da servidão por parte de um dos condôminos, o que não significa um ataque à indivisibilidade da servidão, mas sim respeito ao princípio de que ninguém póde dispor da coisa alheia: tanto assim é que se a servidão versasse sobre coisa indivisível, e que a licitação fôr o meio acceto para a effectividade de uma partilha, a coisa passará ao domínio do licitante a quem couber em lanço, livre e desembaraçada de qualquer onus.

E' esta a solução que os Autores deduzem das leis romanas, mórmente dos fragmentos de Celso e Paulo que constituem as Leis 11 D. de servit, proed rust. e 18, D., Commun. proed. &. &. (Molitor. n. 25; Pardessus, n. 251 a 257; Demolombe, n. 742; Cod. Civ. Argentino, Liv.

3.º, tit. 12, art. 17, Cod. Civ. Ital., art. 636 e Caetano e Borda, nota ao mesmo artigo.)

15. — Accentúa-se, finalmente, a indivisibilidade das servidões nos modos de extingui-las em direito.

a). A *confusão* não faz extinguir a servidão senão quando o domínio inteiro dos dois predios: *dominante* e *serviente*, se achar em um só proprietário.

Consequentemente sempre que uma parte indivisa, por diminuta que seja, fôr retida em domínio alheio, a confusão não se opera: esse condomínio por uma parcella exigua é sufficiente para impedir a extincção da servidão, resalvando-se assim o principio da indivisibilidade que é o unico que impede de operarse por parte a extincção do onus real. (L. 8. D., de servit.; L. 30 § 1º., D. de servit, proed. urban.; L. 34, D. de servit. proed., rustic; Molitor, n. 26; Maynz, § 144; Van-Wetter, §251: Ortolan, n. 467; Accarias, n. 267, 2º. alinea; Didier-Pailhé, n. 219; Pardessus, n. 298; Solon, n. 493.)

Assim é que não se tem como extincta a servidão nos seguintes casos:

1º.) Quando se opera em referencia aos proprietarios dos dois predios o condominio reciproco de ambos, ficando o *dominante* e o *serviente* sob o dominio de ambos os proprietarios. (L. 34, D., de servit. proed. rusticor.; Accarias, n. 267, 2º. alinea; Molitor. n. 26; Maynz, § 144; Pardessus, n. 298; Demol., n. 983; Solon, n. 493.)

2º.) Quando os proprietarios de dois predios dominantes adquirem o condominio do predio serviente. Subsiste a servidão pela parte em que cada um dos condminos não tem o dominio, pois a servidão não se póde extinguir pela propriedade adquirida por cada um dos dominantes era parte indivisa do serviente. (L. 27,D., de servit.

proed. rust.; Molitor, n. 26; Maynz, § 144, not. 14; Accarias, n.267, 2º alinea; Demol., n. 985; Pardessus, n. 298; Solon, n. 493.)

16. — b.) A prescrição. Não se extingue a servidão desde que esta é exercida ainda que sómente em vantagem de parte do predio dominante; a servidão de tirada de agua assim se conserva, bem como a de caminho, ainda que somente se haja exercitado em uma porção limitada do terreno.(Leis 18, D., de servit. proed. rust., 5,8 § 1º e 9D. quemad. servit. amit.; Molitor, n. 27; Van-Wetter, § 252; Maynz, § 145.)

O exercicio por parte de um só dos condminos salva da prescrição a servidão activa dos outros, que n'ella incorrerão pela longa inercia. (L. 17, D. de servit.)

Assim se a prescrição deixa de realizar-se contra um dos condminos que é menor, a vantagem aproveita a todos os coproprietarios: *Si communem fundura ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo.* (L. 18. D. de servit. proed. rust.; L. 5, 6, 8 § 1º, 16, D., quemad. servit. amit., L. 10, D. L. tit.: Accarias, n. 272; Maynz, § 145; Solon, n. 503; Demol. n. 996.)

Não se observão, porém, estas decisões se o predio se acha dividido em regiões, ou em partes discriminadas: o estado da indivisão é que produz estes effeitos não o de divisão, porquanto: *pro certa parte fundi servitus tam amitti quam constitui potest.* (L. 7. D, de servit: Molitor, n. 27; Didier-Pailhé, n. 219; Van-Wetter, § 252; Maynz, § 145; Solon, n. 503; Demol., n. 996; Pardessus, n. 303; Emile Accolas, Manuel de Droit Civil, vol. 1º., pag. 727 e 728; Cod. Franc. art. 709; Cod. Argentino, Liv. 3º. tit. 12, art. 92; Cod. Port. art. 2281; cod. chileno, art. 886; cod. do Uruguay, art, 607.)

17. — c) A remissão. Na parte indivisa a remissão não opera a extincção da servidão: dá-se o mesmo que em referencia á confusão. (L. 6. D. de servit.)

No caso de condomínio dos proprietários dos dois prédios dominante e serviente, a remissão por parte de um d'elles não produz a extinção da servidão: (L. 34. D. de servit. proed. rust.) vigorão ainda neste caso os mesmos princípios que em referência á confusão, e isto porque a servidão não se remitte por parte: neque remitti servitus per partem poterit, diz Papiniano na citada L. 34. (L. 19 e 35. D. de servit proed. Rustic.: Molitor, n. 28: Maynz, § 144.)

No direito moderno varia a solução.

Como já fizemos vêr, a constituição da servidão realiza-se pela convenção: a remissão regularmente feita não pôde deixar de produzir efeitos em referência ao condômino que a concede.

Os demais condôminos, porém, a nada estão ligados: conservão o pleno exercício da servidão.

Na hypothese de haver sido a remissão concedida a um só dos condôminos do prédio serviente, não estando discriminada a parte que pertence ao favorecido pela remissão, esta não produz efeitos sem a annuência dos demais coproprietários do dominante, cujo direito não pôde ser tirado por acto pessoal do remittente. N'este caso o dono da parte remida é forçado a supportar o exercício da servidão por parte dos demais condôminos do prédio dominante.

E' a consequencia natural, por isso que a servidão é indivisivel em seu exercício.

Em resumo: a servidão, no caso de condomínio, é sem effeito quando não concedida por todos os proprietários do fundo dominante e em proveito de todos os condôminos do serviente. (Molitor, n. 28: Pardessus, n. 315: Demol. n. 1038: Solon, n. 519.) A cessação da indivisão opera uma grande mudança n'este estado de cousas.

Assim, em referencia ao predio dominante, a sua partilha faz reproduzir-se a servidão activa tantas vezes, quantas são as partes divisas; a razão é que o onus da servidão gravou o predio serviente em sua totalidade e em cada uma das suas partes. (L. 6, § 1º D. quemadmod. servit, amitt. verb. si divisus est. &.) D'ahi deduzem os escriptores (Molitor, 23) a seguinte consequencia:

A remissão concedida pelo senhor de uma das porções divisas do predio dominante, opera a extinção do direito da servidão em referencia a essa porção.

O que decidir, porém, quando não é o predio dominante e sim o serviente que se divide em partes ou regiões? multiplicação-se as servidões passivas?

A affirmativa é a opinião mais aceita, porquanto pela divisão e partilha a servidão multiplica-se activa e passivamente tantas vezes quantas forem os quinhões formados pela partilha (Molitor, n. 29)⁵

18. — Inalienabilidade. A impossibilidade da transferencia da servidão resulta da sua propria natureza.

a) A servidão pessoal do usufructo é transferivel apenas quanto ao exercicio, isto porque ella fixa-se sempre no usufructuario, em

⁵ Com referencia à servidão de caminho ha distincções a fazer e a este caso especialmente se deve applicar o texto de Celso (L. 6 D. § 1º quemad serv. amit). Quando não é designado o lugar da servidão e o senhor do predio resalva o direito do mudar da caminho quando lhe aprouver, é claro que dada uma das partes divisas do predio serviente fica sujeita ao onus de servidão. A remissão rege-se, n'esta hypothese, pelos principios acima expostos.

Quando, não se tendo feito a designação do lugar onde ha de fixar-se o caminho, não tiver todavia o senhor do predio dominante reservado o direito de variar de lugar de passagem; si a partilha do predio ou territorio se fez longitudinalmente, de modo a cortar o caminho, subsistem tantas servidões quantas forem as porções do caminho cortados. Si a divisão se' houver dado latitudinalmente, isto é, na direcção do caminho, subsiste uma só servidão, mas que affecta a todas as partes do predio.

Consequencia: era ambas as hypotheses a remissão sómente aproveita sendo feita por todos os condminos do dominante, em favor de todos os do serviente. E' a doutrina de Demolombe.

O estudo da Lei 6ª D. quemad. servit. amittuntur, levou os romanista" a estas conclusões.

poder do qual se extingue: *Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest: non et qui local utitur: et qui vendit utitur.* (L. 12, D. de usufr., § 2º; Van-Wetter, § 224, B. Carneiro, § 74, n. 8, Instit. de usufruct. § 3º, Ortolan, n. 492).

A servidão pessoal de uso é inalienável, mesmo quanto ao exercício: — *Nec ulli ali jus quod habet aut locare, aut vendere, aut gratiis concedere potest.* (Inst. de usu et habit. § 1º, B. Carn. § 47, n. 7).

O exercício da habitação era unicamente locável, no D. R. e intransferível a título oneroso ou gratuito. (Inst. de usu et habit. § 5º i. f., L. 10. pr., D., de usu et habit.): no Direito Português, anterior ao Código, concedia-se a transferência do exercício ainda a título gratuito. (B. Carneiro, vol. 4º. § 47, n. 16.)

b) As servidões reais são inalienáveis em separado dos prédios em favor dos quais foram constituídos. (Molitor, n. 32: L. 44, D. locati conducti.: L. 36, D. de servit. proed. rust.)

É uma consequência de sua natureza de limitação e modalidade no exercício dos direitos dominicais impostos ao proprietário do prédio: não constituindo por si só bens de natureza própria, pois, segundo Paulo, não são *neque ex bonis, neque extra bona* (L. 1º., D., de usu et usufr.), não podem ser objecto de transferência, nem de constituição de outros direitos reais, como hipotecas, servidões etc. etc. (Demol., ns. 669 e 670: Molitor. ns. 12 e 32: Van-Wetter, § 224: Maynz, § 124. not. 10: Accarias, n. 264, pag. 630: Dir. das Causas, §115: Lobão, Not. a Mello, Liv.3º., tit. 13: § 1º., n. 3. Cod. Chileno, art. 825: Cod. do Uruguay, art. 515: Cod. Argentino. Liv. 3º. tit. 12. cap. 2º. art. 55: Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, art. 6º. § 3º).

19. — Constituição das servidões.

As servidões se constituem:

1º Por disposição da Lei.

2º Por acto do homem. As que tem origem no facto humano nascem:

Das convenções.

Do testamento.

Da sentença de adjudicação proferida em juízo divisorio.

Da prescrição.

Da deliberação do proprietário.⁶

20. - Entre as servidões legais incluímos as que o Código Civil francez e outros dizem derivadas da situação natural dos lugares.

Tas servidões não existem senão porque a lei reconhece-as e regula a sua constituição e exercício.

Nem isto escapou á perspicácia dos juristas romanos que as comprehendêrão no numero das servidões legais. (D. tit. de aqua et aquae pluv de fluminibus & (Molitor, n. 84, Demol., n. 7 i. f.)

A obrigação para o predio inferior de receber as aguas do superior, *sinè opere facto*, isto é, as que pelo declive natural para alli se encaminhão, sem que o dono do predio inferior lhe haja de industria, e

⁶ Erão estes os modos de aquisição no direito romano (Molitor, n. 82; MacKeldy, § 326: Inst. § 4 de servit. proed.: Ortolan, n. 459 e seg., Maynz, §§ 140, 141, 142 o 143), do tempo de Justiniano: pois, no antigo a *in jure cessio* (acção confessoria), a *mancipatio* (para as servidões reais) o a *dedutio* erão os modos do direito civil, os quaes transformados pela acção dos pretores, forão por aquelle imperador reduzidos aos que ficão acima mencionados. (Didier-Pailhé, ns. 216, 217 e 218; Maynz, § 139), O direito romano não reconhecia a deliberação do proprietário como meio de constituição da servidão (argumento da Lei 1.^a, D. da servit. legata e da L. 3.^a D. romm. proed). A razão é que a constituição da servidão por destinação do pai de familia realisase tacitamente e naquelle direito sómente uma necessidade justificada e imprescindivel autorisava a aquisição sem contracto, de uma servidão: a simples vantagem, melhoramento de condição do predio, ou conveniencias de vizinhança não o autorisavão. (Molitor, n. 86, L. 30, princ. D. de serv. proed. urb.; Maynz, nota 11 ao § 140; Demol. n. 806).

por qualquer obra de arte, encaminhado as águas era entre os romanos considerada uma servidão legal. (L. 1.^a § 21. D. de aqua et aqua pluv. &.)

Os factos regulados pelo código civil francez, nos artigos 644, 646, 647 e 648 não são verdadeiras servidões. A censura de Demolombe (n. 8), aliás infundada quando se refere a todas as servidões legais reconhecidas pelo Código francez, é de incontestável procedência quando applicada á inclusão daquellas obrigações que Pothier appellidava: o quasi contracto de vizinhança; taes como a obrigação de receber as águas, a de contribuir para a demarcação, estabelecendo a meiação dos muros, dos vallados & no numero das servidões.

21. — A divisão das servidões em legais e convencionaes que, com alguns AA., seguiu o Sr. Lafayette é imperfeita, pois, obriga á inclusão, entre os convencionaes, de algumas servidões, como as constituídas por disposição de última vontade e prescrição, que são sim oriundas do facto do homem, mas que não provem de convenção alguma.

22. — As principaes servidões reaes constituídas por força da lei são:

A do escoamento natural das águas que se regula pelas leis do Liv.39, Tit.3.^o do Dig. *de aqua et aquae pluviae arcenda*. (Cod. Uruguay, art. 520; Cod. Venezuelano, art. 537; Cod. Argentino, Liv. 3.^o, tit. 13, art. 216 e seg.; Cod. Portuguez, art. 2282; Dir. das Cousas, § 121; Lobão, Aguas, § 158).

A de aqueducto. (Alvará de 27 de Novembro de 1804, § 11; Cod. do Uruguay, art. 533; Cod. Argentino, Liv. 3.^o, tit. 13, cap. 2, art. 15; Cod. Venezuelano, art. 556; Cod. do Chili, art. 861; Cod. Italiano, art. 598).

A de escoamento das águas estagnadas. (Alvará, de 27 de Novembro de 1804, § 11; Lei franceza de 29 de Abril de 1845; Mourlon, vol. 1.^o, ns. 1696 a 1700; Cod. do Uruguay, art. 539; Cod. do Chili, art. 870).

A de aguas superfluas. (Resol. de 17 de Agosto de 1775, Dir. das Cousas, § 124 e notas).

A de transito de predio encravado (L. 12, pr. D. de relig. et sumpt. funer.; Cod. Civ. fr. art. 682; Cod. Ital. art. 593; Cod. do Chili, arts. 847 e 848; Cod. do Uruguay, arts. 543 a 550; Cod. Port., arts. 2309 e segs.; Cod. Venezuelano, art. 549; Cod. Argentino, liv. 3.º tit. 13, cap. 1.º arts. 1 a 5).

A servidão negativa de janellas e frestas. (Ord. do Liv. 1.º tit. 68 § 24; B. Carneiro, § 54, ns. 14, 15 e 16; C. da Rocha, § 589; Dir. das Cousas, § 126; Lobão, Casas, § 157 e segs.)

A servidão de metter trave. (Ord. do Liv. 1.º tit. 68, § 35; Dir. das Cousas, § 127; B. Carneiro, § 50, ns. 6 a 14; Lobão, Casas, § 92).

23. — São legaes as seguintes servidões pessoaes:

O usufructo dos paes sobre os immoveis adventicios dos filhos. (Ord. do Liv. 1.º tit. 88 § 6.º; Liv. 4.º tit. 97, § 19 e tit. 98 § 7.)

O usufructo dos paes binubos sobre os immoveis das heranças havidas pelo filho do primeiro leito, do irmão pre-morto, sendo taes bens provenientes da successão paterna, ou avoenga. (Ord. do Liv. 4.º tit. 91 §§ 2 e 4).

24. — As convenções, os contractos são o modo mais usual da constituição das servidões: pela convenção fica estabelecida a servidão independente de qualquer outro facto; para produzir effeitos contra terceiros deve, porém, ser transcrito o titulo constitutivo de servidão no registro á cargo do official das hypothecas. (Art. 6.º §2.º e 8.º da Lei n. 1237 de 1864 e 270 do Decr. n. 3453 de 26 de Abril de 1865).

Que a transcrição suppre a quasi-tradicção do direito civil é o que se deduz das citadas disposições do Regulamento hypothecario.

De facto, si com o simples registro é independente de qualquer acto de exercicio, a servidão produz todos os seus efeitos contra terceiros é de rigorosa conclusão que entre as partes contractantes a servidão ficou perfeita pela convenção: o registro é o meio de publicidade que não influe na perfectibilidade do contracto, não lhe empresta vigor juridico, a sua missão é apenas a denunciação da existencia do contracto: si em virtude dessa publicidade os terceiros devem respeitar como legalmente constituido em favor do predio dominante o onus real, é que este já se achava constituido pelo contracto.

Nem é outro o efeito produzido pelo registro em França por força da lei de 23 de Março de 1855. (Demol, n. 733).

O registro não póde tornar subsistente e vigoroso contra terceiros o acto que de per si não fôr completo entre as partes contratantes.

A servidão constitue-se, pois, no nosso direito independente da quasi-tradicção.

Foi, no entanto, ponto de grande controversia entre os interpretes do direito romano, o saber si no direito Justiniano o mesmo se dava,⁷ e para o direito portuguez antigo passou, como ponto liquido, a

⁷ A doutrina do direito romano ora vacillante sobre a questão.

Casos havia em que a servidão constituia-se por força da simples convenção; a quasi-traditio não era propriamente dispensada reputava-se como tendo se effectuado no acto da constituição da servidão.

Assim:

a) Quando o proprietario de dois predios vendia um e reservava outro, se constituia em favor do primeiro um direito de servidão sobre o segundo, reputava-se feita a *quasi-traditio* da servidão ao mesmo tempo que a do predio. *Duorum praediorum dominus si alteram ea lege tibi dederit, ut id praedium, quod datur, serviat ei, quod ipse retinet, vel contra, jura imposita servitus intelligitur.* (L. 3 D. Comm. proed).

A razão é que a reserva da servidão não era n'este caso outra coisa mais do que a *deductio* de um elemento do dominio do qual o proprietario já estava de posse. (Molitor, n. 88).

b) Quando o proprietario, ao vender um predio, reservava sobre elle um direito do servidão, a *quasi-traditio* não era necessaria, o que já se observava no antigo direito, quer a transferencia se houvesse dado por meio de uma *in jure cessio* ou de uma simples *traditio*. São expressos os textos das leis §, D. Gomm. proed. supra cit. e 34 e 35 D. de servit. proed. urban.

c) Segundo um fragmento de Pomponio (L. 8^a. D Com. proed). podia-se tambem operar a constituição da servidão independente da *quasi traditio*, quando no acto de alienar dois

necessidade, na constituição das servidões afirmativas, da quasi-traditio, manifestando-se esta pelo exercício da servidão com o assentimento do senhor do predio serviente. Ideo que in his juribus patientia habetur loco traditiones, como diz Silva. (B. Carneiro, § T8, n. 2, Lobão, Aguas, § 113, not.; Silva á Orden. do Liv. 4º, tit. 7º, pr. n. 38.)

Compreende-se qual era o alcance desta doutrina.

Antes de operada a quasi tradição a servidão não conferia senão um jus ad rem, cuja effectividade sómente por uma acção pessoal se podia conseguir: ao passo que a acção confessoria, podia ser usada desde que se dresse o exercício da servidão.

Isto quanto ás servidões affirmativas; as negativas constituíam-se pela convenção. B. Carneiro § 78, n. 7.

25. — Para a validade da constituição da servidão operada por convenção, faz-se preciso que ella seja estabelecida por pessoa habil para constituil-a activa e passivamente.

Quem póde sujeitar um predio á servidão?

predios que possuisse e antes de fazer dellles tradição ao adquirentes, o proprietario impunha a um dellles servidão em favor do outro.

Fóra d'estes casos, extremes de toda a duvida, as opiniões dos J. C. S. e interpretes variavão.

Ora entendião que a *quasi-traditio* era indispensavel; quer se tratasse de servidões affirmativas, quer de negativas: era a opinião de Thibaut.

Ora, que somente as servidões affirmativas dependião da *quasi-traditio* e não as negativas; era a opinião de Vangerow e outros.

Ora, finalmente, que as servidões quer affirmativas, quer negativas, se constituíam independente da *quasi-traditio* e pela simples convenção, desde que nesta se manifestava a intenção de constituir um direito real e não um laço de mera obrigação. E' esta a opinião de Mulhenbruch, que tem a vantagem de não socorrer-se á distincção das servidões em affirmativas e negativas, para a solução da questão, distincção que os textos não autorisam.

A opinião que prevaleceu entre os J. C. S. foi a que julgava necessaria a quasi-traditio, consistindo esta, ou no simples consentimento para o exercício da servidão, ou, no, *usus* com a *patientia domini*, o que importava um consentimento tacito (Molitor, n. 91); Maynz demonstrou, porém, que a simples convenção operava a constituição (§ 140).

O direito moderno evita essa fatigante discussão.

O titulo é a base da constituição e aquisição das servidões o que quer dizer que o contracto tem de per si a plenitude da força creadora do onus real. E' este o principio adoptado por todos os Codigos modernos.

O proprietário: o domínio é a condição primordial, porque a servidão é um desmembramento dos elementos que o constituem. Todo aquele, pois, que tem o domínio pôde constituir servidão, ainda que seja limitado o seu direito dominical, quer quanto á extensão, quer quanto á duração, o que reflecte na extensão e duração da servidão que constituir, bem se entende.

Assim podem constituir servidão contra o predio que possuem:

a) O emphyteut, durante a emphyteuse. (Demol. n. 737; B. Carneiro, § 77, n. 7; Molitor, n. 100; L. 1º § 9, D. de superfic.; Mackeldey. § 324, n. 5; Doutr. das acç., not. 184).

aa) O herdeiro gravado durante o prazo do fidei-commisso. (Demol., n. 741; Pardessus, n. 247, 2º vol. pag. 20; Solon, n. 354; Dir. das Cousas, § 132).

aaa) Em geral o proprietário de domínio resolúvel durante o tempo de seu direito. (Demol., n. 745; Solon, n. 354; Lei. 11 § 1º D. quemad. serv. amit. e 105 D. de condit. et demonstration.; B. Carn. § 77, n. 6; Molitor, n. 100; Mackeldey, § 324, n. 2).

Não podem, conseguintemente, vincular o seu predio a outro, por uma servidão:

b) O condômino, salvo annuindo os demais coproprietários: *Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest.* (L. 2, D. de servit.; L. 34, pr. de servit, proed. rustic, L. 10 pr. D. de aquae, pluv. arc; Cod. Ital. art. 636; Cod. do Uruguay, art. 590; Cod. Venezuelano, art. 605; Cod. Argentino, Liv. 3º, tit. 12, art. 16).

E' necessario, porém, observar que a constituição de uma servidão pelo condômino em estado de indivisão, não é nulla, tanto que se os outros coproprietários annuem, ou se a propriedade concentrar-se no concedente, subsiste a servidão, o que não se daria si a constituição fosse

nulla, caso em que far-se-hia necessaria nova constituição. Accresce que o condômino, que constituiu a servidão, não se pôde oppôr ao exercício d'ella, e mesmo se se houvesse comprometido a alcançar a annuência dos demais condôminos e não tivesse obtido podia ser accionado por perdas e danos. (L. 11, D. de serv. proed. rust.; Molitor n. 25; Demol. n. 742 e 743; Solon, n. 348; Pardessus, n. 251 e 257; B. Carneiro, § 77, ns. 4 e 5; Dig. Port. art. 452; Dir. das Cousas, § 132; Maynz, § 140; Cod. Argentino, Liv. 3º, tit. 12, Cap. 1º art. 17).

bb) O usufructuario, porque só tem o usufructo do predio o não o direito de alienar-o e, consequentemente, falta-lhe tambem o direito de desmembrar o dominio. (B. Carneiro, §77, n. 11; Demol., n. 736; Pardessus, n. 247; Solon, n. 353; Molitor, n. 100. O Codigo Argentino permite ao usufructuario a concessão da servidão durante a perduração do usufructo. — Liv.3º, tit. 12, Cap. 1º art. 11).

bbb) O nú-proprietario, porque prejudicaria o emphyteuta. (B. Carneiro, § 77, n. 10; Demol, n. 739; Cod. do Uruguay. art. 585; Cod. Argentino, Liv. 3º tit. 12, art. 12).

bbbb) O marido sem outorga da mulher. (Dir. das Cousas, § 132; Dig. Portug., art. 452).

Não estão, porém, vedados de constituir servidão:

a) O devedor hypothecario no predio hypothecado; salvo ao credor, perante a nossa lei de 24 de Setembro de 1864, o direito de pedir reforço e, na falta d'este, de excutir o predio hypothecado, si as servidões constituidas forem tão prejudiciaes que fação reduzir o valôr do predio ao ponto de tornal-o insufficiente para garantir a divida. (Lei cit., art. 4º, § 3º; Cod. Civ. Argent., Liv. 3º tit. 12, art. 21; Cod. do Uruguay, art. 588; Demol., n. 748 a 752).

A servidão neste caso não prejudica ao credor hypothecario, senão tendo o título constitutivo da servidão sido transcrito antes da hypotheca. (Lei n. 1237 de 1864, art. 6º, §2º).

b) O que constituiu diversas servidões sobre o seu predio, desde que umas não prejudiquem ás outras. (L. 14, IX, de serv. proed. rust.; L. 15, D. Comm, proed.; L. 8º, D. de aqua pluv. arc.)

26. — Podem adquirir as servidões, isto é, constituil-as activamente:

a) Em regra são os proprietarios os que podem contractar servidões em favôr de seus predios.

No direito moderno reconhece-se, todavia, como legalmente constituídas activamente as servidões que o forem:

aa) Pelo usufructuario, pelo emphyteuta, ou pelo proprietario condicional, de dominio resolúvel, em vantagem do predio; se o forão, não pelo tempo do usufructo, mas com o intento de perpetuidade em favôr do immovel. (Demol., n. 759).

Em qualquer destes casos póde o proprietario definitivo, aquelle que tem a plenitude dos direitos dominicaes, adquirir, ou antes, manter a servidão adquirida, desde que ella foi constituída *in perpetuum*. (Demol. loc. cit.; Molitor, n. 101).

aaa) Pelo condomino, *pro indiviso*; porquanto elle tem o direito de melhorar a condição do predio commun, independente da annuencia dos outros condominos.

Esta doutrina de Demolombe não é aceita, como orthodoxa por todos os escriptores. Era Molitor (n. 23 a 24), póde-se ver o fundamento do conceito discordante de Dumoulin, Durantou e outros. O sentir destes autores não é, porém, apadrinhado pela moderna theoria

sobre a constituição das servidões por contractos, e é repudiada pela maioria dos A. como eivada de romanismo. (Pardessus, n. 263).

Uno de los condminos de um fundo indeviso puede estipular una servidumbre á beneficio del predio comun; mas los otros condminos pueden rehusar de ella. El que la ha concedido no puede sustraer-se á la obligacion contraida. (Cod. Arg., Liv. 3º, tit. 12, art. 46).

aaaa) A servidão constituída pelo possuidor de má fé, póde ser mantida em favor do predio, quando este fôr revindicado pelo verdadeiro dono?

Demolombe opina pela affirmativa, e funda-se em que a servidão foi constituída in *perpetuum* em favor do predio objecto da posse viciosa.

O fundamento não procede.

A servidão constituída para o predio, precisa ser adquirida por pessoa capaz; ja o demonstrámos anteriormente.

A pessoa capaz de adquiril-a é a que tem o titulo dominical liquido, ou a que pela lei se reputa representar o proprietario, e tem *jus in re*, no sentido stricto (o usuario, o emphyteuta &c. &c.)

O possuidor de *má fé* não tem senão detenção, a posse não tem nenhum dos effeitos regulares: uso de interdictos e prescrição.

Comquanto, porém, não possa adquirir a servidão, todavia póde conserval-a contra a prescrição extractiva, como adiante veremos, se praticar os actos da servidão. (Mackeldey, § 325, n. 1).

A razão é que sendo a servidão real, é o predio dominante que a exercita.

27. — Póde ser a servidão constituída por uma convenção tacita?

No D. R. a constituição tacita da servidão podia dar-se nos casos em que era necessaria a servidão para o exercicio de direitos que se conferião na convenção.

Sómente a *necessidade* e não a maior *commodidade*, justificava a constituição da servidão: *Eas solas præstare compellendum*, SINE QUIBUS OMMINO UTI NON POTEST: sed si cum aliquo incommodo UTATUR NON ESSE PROESTANDAS. diz Paulo no § 4º, da Lei 1ª D. si usufructus petetur &c.

D'ahi o reconhecerem as leis romanas como constituidas as servidões nos seguintes casos:

Quando effectuada uma divisão os predios ou terrenos que constituíam os quinhões de uns divisionarios, só fossem accessiveis por meio de uma servidão de caminho que se lhe dêsse sobre os outros quinhões. (L. 23, § 3º. Dig. de servit. proed. rust.)

No caso da alienação de um predio, por qualquer titulo a servidão de caminho havia-se como constituida pela convenção principal, sobre o predio que o vendedor reservasse para si, desde que tal servidão fosse necessaria para tornar accessivel o predio vendido, doado ou permutado. (L. cit. e L. 3. D. Comm. proed).

A concessão do direito de tirada d'agua implicava concessão da servidão de caminho. (L. 3ª. § 3, D. de servit. proed. rust.)

Si o testador legasse um predio que, para ser accessivel, dependesse de uma servidão de caminho pelo predio que tocasse ao herdeiro, era este obrigado a admittir e reconhecer a servidão. Si a servidão, em vez de ser necessaria ao legatario, o fosse ao herdeiro, atravez do predio deixado ao legatario, este devia igualmente supportar a servidão. (L. 10 D. de servit. proed. urban., 15 § 1º, D. de usu et usufr., 81, D., de legat. et fideicom.)

28. — Podia dar-se a hypothese de ser o predio que o vendedor reservava o que necessitasse ter servidão de passagem sobre o vendido: como decidir?

Si o predio alienado o houvesse sido a titulo gratuito, a reserva da servidão operava-se em todo o caso. (Molitor, n. 85.)

Na hypothese da alienação a titulo oneroso era preciso distinguir entre o caso em que o adquirente tivesse antes do contracto conhecimento da necessidade da servidão, ou por comunicação do alienante, ou porque a inspecção das localidades, onde traços visíveis da servidão tornassem patentes a sua necessidade, o indicassem, e o caso de ignorar o adquirente o facto.

No primeiro opinavão os jurisconsultos pela constituição da servidão, no segundo, não.

Ulpiano opinava em favor de um direito que reconhecia ao alienante, para obter a servidão mediante indemnisação. — *Proeses etiam compellere debet, justo pretio iter ei proestari*. (L. 12, D, de relegios et sumpt. funer.).

29. — O direito moderno reconhece como constituição tacita da servidão a que se opera por deliberação do proprietario de ambos os predios: sómente no caso de alienação de um dos predios é que se revela o onus estabelecido sobre qualquer dos immoveis.

Si le propriétaire de deux héritages, entre les quels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné. (Cod franc, art. 694).

Conferem:

Cod. Italiano, art. 633; Chileno, art. 881; Oriental, art. 597; Portug., art. 2274; Argentino, Liv. 3º, tit. 12, art. 26; Venezuela, art. 602).

30. — A constituição tacita da servidão, por dependência, que se operava no D. R. é igualmente reconhecida no direito moderno, que aceitou o princípio de que a concessão de uma servidão importa a de qualquer outra que necessária seja, para o seu exercício. (Molitor, n. 16, Cod. do Chile, art. 828; Cod. do Uruguay, art. 599; Cod. franc. art. 696; Demol, n. 830 a 833.)

31. — A servidão pode ser estabelecida por testamento.

A constituição por disposição de última vontade tem de especial:

a) Não necessitar da quasi tradição para a aquisição do direito real. (Inst. de servit. proed. § 4º, Ortolan, Inst. n. 462; Accarias, n. 271; B. Carn. § 78, ns. 18 e 19; D. das Cousas, § 133, n. 2; Mackeldey, § 326, n. 2; Molitor, n. 29; Maynz, § 139, not. 4 e 5 e § 140, not. 17).

b) Opera-se a transferência da servidão independente da do predio. Assim pode o testador constituir por testamento em favor de um predio vizinho, uma servidão sobre predio que legar a outrem. (Dir. das Cousas, § 133, n. 2, not. 4).

c) Não precisa o onus real ser transcripto para produzir efeitos contra terceiros. (Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, art. 6º, § 5º; Decr. n. 3459 de 26 de Abril de 1865, art. 264).

32. — Por adjudicação, o que se dá quando em um juízo divisorio qualquer, o juiz, pela sentença que julga a divisão ou partilha, concede, em favor de um predio encravado, ou por qualquer outra razão carecedor de uma servidão, esse direito real sobre a porção de terreno dado em quinhão a outro herdeiro:

“Sed etiam, cum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adjudicat”, diz Ulpiano na L. 22, § 3º, D. fam. ercisc. (Veja-se: L. 7 § 1º e 18 D. Comm. divid.)

33. — Demolombe no seu *Tratado das servidões* (vol. 2º, n. 732) acha impropriedade na classificação das servidões constituídas por adjudicação. No conceito do eminente tratadista estas servidões não são constituídas, em última análise, senão pelo contrato, por força do qual os interessados aceitam o julgado na parte em que decreta a servidão: esta é na realidade uma servidão convencional.

Quer nos parecer que há mais subtilidade do que verdade jurídica neste conceito; ou então, devemos dizer que o argumento prova de mais, porquanto os julgados não são fontes de direitos, senão como contratos judiciais; (quasi-contrato é o que constitui o juízo depois de firmado pela contestação da lide), o que não é rigorosamente exacto.

A sentença que adjudica a servidão, já existente em um prédio, ao quinhoeiro do mesmo prédio no acto de uma partilha, não constitui, por certo, o onus real, reconhece-o apenas e limita-se a accentuar judicialmente a sua inalienabilidade e impossibilidade de desagregação do imóvel a que está adherente: mas o julgado que decide em um juízo divisorio (*familiæ erciscundæ*, ou *communi dividundo*) decide se tem ou não servidão o prédio que precisa de aque-ducto, de caminho, de tirada de água em outro que se adjudicou á parte de outro quinhoeiro, certamente que crê, como diz Pardessus (n. 273), servidão que ainda não existia: não se limita apenas a reconhecer a existência de alguma creada por contrato, (Solon, n. 366, Ortol. Istit. n. 464), antes estabelece a servidão independente da vontade das partes. (Molitor n. 87, Mackeldey, § 386 n.3. Van-Wetter § 23º, C. da Rocha, § 597, Dig. Port. art. 448, Dir. das Causas, § 133, n. 4, B. Carneiro, § 78, n. 23).

34. — Por deliberação do proprietário.

A constituição da servidão opera-se, n'esta hypothese, quando o senhor aliena um dos dois predios: enquanto existem ambos sob o dominio do mesmo proprietario não ha servidão: *rei proprii non est servitus; nemini res sua servire potest*; antes, e como consequencia d'estes principios, a reunião dos dois predios dominante e serviente sob o mesmo dominio importa a extincção por confusão de qualquer servidão que por ventura existisse.

A simples serventia de um predio a outro passa a ser uma verdadeira servidão desde que se dá a alienação do predio, salvo estipulação em contrario, na escriptura da alienação. (Silva, á Ord. do Liv. 4º, tit. 1º, ad rubr., art. 7, n. 28; Arouca, Alleg. Prat. á L. 2 § 1º, D. de serv. divis., n. 87, verb. *medio*; Corrêa Telles, Dig. Port. arts. 449 e 450; Lobão Aguas, § 103; Murlon, Répét. Ecrit. n. 1828.

A opinião em contrario de Borges Carneiro (78, n. 9) não teve a sancção do direito moderno.

La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.

Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude (Cod. Civ. francez, arts. 692 e 693).

Conferem:

Cod. Civ. Argent., L. 3º, tit. 12, arts. 26 e 27; Port. art. 2274; Oriental, art. 594; Chileno, art. 881; Italiano, arts. 632 e 633, Venezuelano, art. 601.

35. — No direito moderno a servidão constitue-se por deliberação do proprietario, mediante as seguintes condições:

a) Que se trate de duas propriedades, de dois immoveis, em favor de um dos quaes se constitua a servidão: si esta fôr estabelecida em

uma parte do mesmo predio em serventia da outra, não se opéra a constituição. (Solon, n. 382).

b) E' necessario que os dous predios pertenção ao mesmo dono. Deve ser dada por quem invoca o direito da servidão a prova do dominio do proprietario?

A affirmativa é de incontestavel procedencia no novo direito. (Mourlon, Obr. cit., n. 1829; Zacharias, § 337).

Si o constituidor da servidão não fôr proprietario legal esta não fica estabelecida; não ha servidão.

A prova deve ser produzida pelos meios exigidos em direito.

Assim a aquisição e propriedade do predio deve ser provada por escriptura publica, desde que o valor do immovel exceda de duzentos mil réis (L. n. 840 de 15 de Setembro de 1855, art. 11), no caso de compra e venda, nas doações que carecerem de insinuação, para sua validade. (Ord. do Liv. 4, tit. 19, princ), e fóra d'estes casos quando se houver operado a aquisição por contractos, excedendo o valor do immovel a quantia de 800\$000.

c) O que allega o direito á servidão deve igualmente provar que foi o proprietario dos dous predios e não um terceiro que estatuiu a servidão. (Solon, n. 384, Demol., n. 811 e 812; Mourlon, Obr. cit. n. 1829. Em contrario: Massé e Vêrgé, nota 3 ao § 337 de Zacharias).

d) Deve-se revelar nos actos que se reputão de servidão, o intuito do proprietario de firmar o onus real e não de praticar um acto accidental. (Solon, n. 385, Demol. n. 811, Pardessus, n. 288).

36. — Por prescrição.

A aquisição das servidões, como a do dominio, opéra-se no nosso direito pela prescrição:

1.º) Pelo exercício da servidão durante o tempo de dez annos entre presentes e vinte entre ausentes, isto quer se trate de servidões affirmativas, negativas, continuas e discontinuas, apparentes e não apparentes, desde que concorram os seguintes requisitos:

a) Quasi-posse,

b) Justo titulo,

c) Boa fé. (B. Carneiro, § 78, ns. 24,25 e 32; Lobão, Aguas, § 150; C. da Rocha, § 599; Dir. das Cousas, § 133, n. 5; Corrêa Telles, Dig. Portuguez, arts. 453 e 454).

2.º) Pelo lapso de trinta annos decorrido com exercício da servidão (quasi-posse), e boa-fé por parte do possuidor. É a posse de longo tempo: ella supre o titulo.

3.º) Pela posse durante tempo immemorial: quando se trata de servidões cujo exercício não se revela por signaes externos (não apparentes) e cujos actos são intermittentes e não seguidos (discontinuas); não existindo titulo dellas. (B. Carneiro, §78, n. 31; Dig. Port., art. 455; Lobão, Aguas, § 149; C. da Rocha, § 599).⁸

⁸ Sómente faz-se preciso o lapso de tempo immemorial para a prescrição das servidões discontinuas, quando não existe titulo da servidão; esta era a opinião dos Praxistas que levavam mais longe o seu rigor (Pegas, ad ord., Liv. 1º, Tit. 68 § 22, n. 30; França a Mendes, arest. 46 &c.)

Si o titulo existir revestido das solemnidades externas (pois que o titulo nullo na fôrma não autorisa a prescrição); a prescrição opéra seus effeitos acquisitivos com o lapso de dez annos entre presentes e vinte entre ausentes. (Lobão, Aguas, § 150, onde cita Bagna e Strykio).

Se ainda, faltando o titulo, houver, todavia, da parte do serviente sciencia e paciencia dos actus interpolados da servidão discontinuas, sciencia e paciencia que o reclamante pela servidão deve provar—*não só realmente pela presença e taciturnidade do senhor do predio serviente*, como diz Lobão (Aguas, § 139), mas que se presume pela multiplicidade dos actos, diuturnidade do tempo e pela vizinhança (Lobão, loc., cit.), a servidão discontinua prescreverá por trinta annos de quasi-posse.

Convem tornar saliente, em referencia ás servidões negativas a necessidade da resistencia do prescribente ao acto de opposição do serviente para se contar della a prescrição.

37. — O nosso direito apartou-se, como se vê, da theoria do Código Civil francez e outros e acompanhou de preferencia a doutrina do D. R. que mais se aproxima da realidade da vida juridica, não creando, como diz o Sr. Lafayette, restricções que a mutilão. (Dir. das Cousas, not. 9 ao § 133):

Proibir em absoluto a aquisição por prescripção das servidões discontinuas e não apparentes, bem longe de ser respeito ao principio geral da liberdade presumida de todos os predios, póde ser ataque iniquissimo ao direito de quem, em bem da utilidade de seu predio, esteja na posse indiscutida e *sciente e pacientemente* tolerada de uma servidão que lhe é necessaria.

Já fizemos sentir anteriormente, tendo por nós a autoridade de Solon, que é erro gravissimo esse de emprestar á servidão um character odioso, que bem longe esta de sua natureza juridica, e que não provem de outra cousa mais do que de estudal-a pelo seu lado objectivo — o *encargo* — o *onus* — e deixar à ilharga o seu lado subjectivo o *direito*, que imprimelhe o cunho elevado de uma criação juridica de alto alcance, pelos proficuos resultados que tem sempre produzido.

Impedir que prescreva aquelle que possui um *justo titulo*, isto é um *titulo regular* de aquisição de servidão não apparente e discontinua (o de passagem por ex., sem trilho ou estrada feita, propositalmente), a posse pelo lapso de tempo de prescripção, e a *boa-fé*, isto é, a crença de que é legal adquirente da servidão, por ignorar que o titulo lhe foi dado a *non domino*, que se achava, igualmente — *bona fide*, na crença de que era proprietario, é impor uma restricção odiosissima por ser absolutamente infundada.

38. — A prescripção da servidão depende:

De feito. Si o serviente pratica o acto vedado desde essa data começa a correr em seu favor a prescripção extinctiva, menos, si o dominante resistir e restabelecer as cousas no antigo estado. (Lobão § 144 2º alinæ).

a) De que a servidão a adquirir recaia sobre imóvel que possa ser adquirido ao domínio privado por meio da prescrição. (L. 12 i. f. Cod. de prescrip. longi temporis dec.; Mackeldey, § 326, nota 5).

b) Que o prescribente tenha quasi-posse da servidão *tantum præscriptum, quantum possessum*; argum. das Ordd. do Liv. 3º tit. 40, § 3º; Liv. 4º, tit. 3º, § 1º); não eivada de vício: *ut bono initio possessione tenetis* (L. cit. do Cod.) e com animo de adquirir um direito, e não no intento de ceder á primeira opposição do proprietário (L. 7, D., de itin. actuque privato), nem accidentalmente (L. 1ª § 6º, eod.; Molitor, n. 95); se se tratar da posse de uma servidão negativa deve esta firmar-se em um título ou em contradicção victoriosa oposta ao proprietário que pretendesse exercitar o direito de propriedade em toda a amplitude. (Molitor, n. 101; Dir. das Cousas, § 133; C. da Rocha, § 599 e nota; B. Carneiro, § 78, n. 25, 26 e 36; L. 1º, § 23, D, de aqua et., aquæ pluviae arcend; Lobão, Aguas, § 136, 2º alinea).

c) De justo-título isto é, título translativo, ou constitutivo da servidão.

Em falta do justo-título a *sciencia* e *paciencia* do dono do predio em supportar os actos da servidão, preenchido o mesmo fim tanto que aulorisavão a prescrição. (Lobão, Aguas, §§ 138 e 139); no caso de condominio exigia-se a *sciencia* e *paciencia* de todos os condôminos. (Lobão, obr. citad., § 140), não bastando a dos colonos e arrendatarios. (Lobão, Obr. cit., § 141, B. Carneiro, not. a, ao n. 24 do § 78.)

d) De boa-fé da parte do prescribente: o possuidor de má fé não prescreve em tempo algum. (Ord. Do Liv. 2º, tit. 53, § 5º, in fine; Liv. 4º, tit. 3º, § 1º in fine, e tit. 79, princ.

A constituição da servidão por meio da prescrição deve constar de um acto judicial (sentença em juízo contencioso pelo qual a servidão é reconhecida como adquirida pelo lapso de tempo em favor do prescribente)

e este ser transcrito no registro geral, para produzir efeitos contra terceiros. (Lei n. 1237 de 1864, art. 6 § 5 e Decr. n. 3453 de 1865, art. 274).

39. — O acto judicial póde ser:

Sentença passada em julgado proferida em acção confessoria intentada pelo prescribente contra o senhor do predio serviente.

Confissão judicial, ainda produzida em juizo conciliatorio, pelo qual se faz obra.

Sentença proferida em processo de justificação na qual se provassem os requisitos exigidos para a prescrição. (Dir. das Cousas, § 133).

40. — A prescrição que visa a constituição da servidão póde ser interrompida por qualquer dos seguintes actos:

A quasi-posse das servidões affirmativas continuas por qualquer facto que modifique ou faça desaparecer o estado de cousas indispensavel ao exercicio da servidão. Assim na servidão de aqueducto a destruição dos regos da passagem da agua. (Lobão, Aguas, §§ 143 e 144).

Na servidão negativa a interrupção da prescrição da-se sempre que o serviente pratica algum dos actos prohibidos. (Dir. das Cousas, § 133).

Si a servidão é affirmativa discontinua a quasi-posse interrompe-se pelo obstaculo opposto á pratica do acto constitutivo da servidão. Assim na servidão de caminho a prohibição pelo serviente de passar pelo lugar onde vai Constituir a servidão interrompe a prescrição⁹

⁹ Ha duas notaveis excepções a estes principios.

A servidão de luz e de janella (*luminus—ne luminibus officiatur*) constitue-se por prescrição com a quasi-posse pelo lapso de anno e dia. (Ord. do Liv. 1º, tit. 68, § 33; Consolid. das Leis Cíveis, arts. 637 e 638).

A servidão de caminho, quando este constitue atravessadouro por terreno privado, não se póde adquirir por prescrição, se o atravessadouro não se dirigir a ponte ou fonte, com manifesta utilidade publica, ou a logares que não possam ter alguma outra serventia. (Lei de 9 de Julho de 1773 § 12 e Decr. do 17 do Julho de 1778).

O exercício dos actos apesar da proibição vicia a quasi-posse tornando-a violenta ou clandestina. (L. 3 § 1º, D. de itiner. act. priv.)

41. — O que aqui fica exposto é a doutrina do direito que herdamos de Portugal, e qual a desenvolvêrão os mais conceituados praticos que deste assumpto se occuparão e que não forão muitos.

No Direito romano a Constituição, que é a Lei 12 do Cod. de prescrip. longi temporis, pôz termo ás incertezas sobre este assumpto.

E' curioso estudo o dos textos, onde a mais accentuada vacillação existe.

A prescrição das servidões ora é formalmente condemnada, com referencias a autoridade de uma Lei Scribonia, verdadeiro mytho, cujo assignalamento tornou-se impossivel á mais tenaz paciencia dos prescrutadores de textos. (L. 4, § 29 e L. 10, § 1º D. de usurp. et usucap.; ora é expressa e formalmente autorizada por Jcs. da esphera de Ulpiano (L. 10, D. princ. si servit. vindic.) com a minucia do delienamento das clausulas c condições, para a prescrição. (L. cit., Lei 1ª, § 23, D. de aqua et aquæ pluv. arc; L. 5ª, § 5, D. de itinere actus privato; L. 2, Cod, de servit. et aqua); ora vedada em referencia ás servidões discontinuas, cuja natureza e exercício por actos interpolados não escaparão a sagacidade dos jurisconsultos romanos. (L. 14. D. princ. de servit.; L. 43, § 1º de acquir. rerum dom.; L. 3 e 25 de usurp.; e usucap.; L. 32, in fine de serv. pred. urb. &).

A posse immemorial terá, porém a força de estabelecer essa prescrição não para utilidade particular, mas para a publica?

A affirmativa era sustentada pelo nosso primeiro jurisconsulto, Teixeira de Freitas, nos seguintes termos, na nota 15 ao art. 1333 da Consol. das Leis:

Quanto a estes ultimos (caminhos vicinaes), estabelecidos na origem em propriedades particulares, tornão-se publicas, quando de tempo immemorial tem existido como caminhos e assim revestem juridicamente o caracter publicæ viæ. O tempo immemorial tem pois o effeito de attribuir ao dominio publico um caminho particular, como se tal caminho tivesse sido feito pelo Estado, e sobre terrenos do Estado.

No ultimo estado do direito, (concordão nisso os interpretes) a prescrição das servidões operava-se por lapso de tempo igual ao da prescrição dos immoveis: em differença porém desta, não se incluía entre os requisitos, o justo titulo; a Lei 10 pr. D. si servit, vindic. dispensa-o claramente.

A quasi-posse, a boa fé e o lapso de dez annos entre presentes e vinte entre ausentes erão as unicas condições exigidas.

A quasi-posse devia ser intencionalmente levada a effeito para a pratica da servidão. O *animus* de constituir a servidão era indispensavel e os textos condemnão a posse accidental e a com intuito alheio ao de crear o onus real. (L. 1º, § 6º e 7º D. de itin. actus privato).

A boa-fé é expressamente exigida na Lei 1ª, § 10 D. de aqua cottidiana et aestiva, verbis: *si tamen jure ducere se putavit &*.

A necessidade da *scientia domini*, que, como vimos, os nossos praxistas exigirão para a prescrição, em alguns casos, para supprir o titulo, era dispensada dentre os requisitos da prescrição, apesar do sentir de Gluck e alguns outros interpretes:

A Lei 2 Cod. de servitutib. et aqua usa, é certo, das expressões: *eo sciente*; segundo, porém, a melhor opinião estas expressões não visão outro fim senão mostrar que a posse não deve ter o vicio da clandestinidade.

Accresce que na já citada Lei 10, D. si servit, vindic., onde Ulpiano enumerou as condições da prescrição, não faz-se menção da *scientia domini*.

A faculdade da accumulção do tempo dos antecessores do prescribente, era um favor que o direito romano já reconhecia. (L. 3ª, § 2º, D. de itinere actus privato).

Aquella que se queria prevalecer da posse devia provar os seus requisitos. Esta foi a opinião que prevaleceu á vista dos termos expressos da Lei 10, D. si serv. vind. ibi: *ut ostendat &*.

42. — Tal era em substancia a doutrina do direito romano.¹⁰

O Cod. Civil francez iniciou no direito moderno novo systema em referencia ao assumpto.

Attendendo ao character de precariedade que revestem as servidões discontinuas, cujo exercicio difficilmente se accentúa de modo a distinguir-se, quando são praticados os actos de servidão por força e com o *animus* de um direito, ou de uma simples tolerancia (Demol. n. 786; Pardessus, n. 282) os legisladores francezes, com o intuito de affastar o grande numero de questões que geraria a prescripção em taes casos, condemnarão em absoluto a acquisição prescriptiva das servidões discontinuas, quer apparentes, quer não, e das continuas não apparentes (Cod. 691) admittindo unicamente que por esse meio se adquirissem as servidões que são *ao mesmo tempo* continuas e apparentes. (Cod., art. 690; Demol. 771).

43. — As illações e as consequencias que os tratadistas e tribunaes francezes tem tirado desses preceitos, tornarão, si possivel é, ainda mais rigorosa a doutrina prohibitiva do Codigo.

Fundados em que está em absoluto condemnada a prescripção das servidões discontinuas têm os commentadores entendido que a acquisição não póde se effectuar ainda quando desaparece o fundamento do preceito do Codigo, isto é, ainda nos casos em que a precariedade que acompanha em geral os actos discontinuos ou interpolados de taes servidões, acha-se concludentemente condemnado, por manifestação e revelação as mais expressas do intuito e do *animus*, por parte do

¹⁰ Podem ser consultados com proveito sobre esta importante materia: Maynz, § 112 e notas; Molitor, n. 94 e seg.; Van-Wetter, § 232; Mackeldey, § 326. n. 4; Ortolan, Inst. n. 463; Didier-Pailhé, n. 216 a 218.

prescritor de praticar actos de servidão como exercício de um direito, e não como resultado de tolerância, parentesco ou amizade.

É assim que condemnamos a prescrição das servidões discontinuas:

a) Quando existe um título a *non domino*, ou uma notificação judicial ao serviente, notificação que tira a precariedade ao acto praticado em exercício da intentada servidão. (Demol. ns. 788 e 789; Pardessus, n. 276).

b) Ainda no caso de existirem simultaneamente: um título regular de aquisição, mas proveniente de um proprietário putativo, e uma intimação judicial, para o serviente respeitar o direito que o titular da servidão supõe ter a esta. (Demol., e Pardessus, loc. cit.); em contrario (Solon, n. 398).

O princípio, com o máximo rigor estabelecido e aceite é: as servidões discontinuas não se adquirem senão por título. A prescrição é impotente para levar a este resultado, ainda quando fundada em uma posse qualificada de acordo com o art. 2229; e mantida pelo tempo de trinta annos lapso do tempo que, segundo o preceito claro e altamente juridico do art. 2262, supprime o título e a boa-fé!

44. — Ainda em referencia á propria prescrição das servidões continuas e apparentes, os commentadores do Código francez tem ostentado um rigor, aliás desusado no seu systema de exegese.

Assim, comquanto sejam essas servidões prescriptiveis pelo lapso de trinta annos (que supprime o título e faz presumir a boa fé), todavia a maioria dos escriptores e os tribunaes aceitarão como corrente a opinião que condemna a prescrição decennaria e vintennaria dessas servidões, quando existia um título do servidão passado a *non domino*, confirmado pelo assentimento do serviente, que continúa a respeitar a

prática da servidão, após uma notificação judicial. (Demol. ns. 781 e 782; Pardessus, n. 276; Comp. Emil. Accolas, vol. 1º, pag. 715 e 716).

No entanto o art. 2265 do Código dispõe:

Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé; et par vingt ans, s'il est situé hors du dit ressort.

A disposição do art. 2264, força ao absurdo de prescrever-se os imóveis pela disposição do art. 2265, e não se poder prescrever as servidões!¹¹

45. — Quasi-posse das servidões.

A noção da quasi-posse das servidões prende-se á do direito das servidões, pela mesma conexão íntima que a noção da posse se prende á do domínio. (Molitor. Posses., n. 13, Dir. das Coisas, § 131).

D'ahi a razão e fundamento do reconhecimento da posse dos direitos reais (*jura in re aliena*), dos desmembramentos do domínio, por analogia ao da posse, pela conjunção ou reunião dos direitos dominicais.

Possue-se um dos direitos componentes do domínio, como se possui a totalidade desses direitos; com a diferença que no primeiro caso a posse limita-se essencialmente a um direito, no segundo ella comprehende a posse de toda a coisa.

Assim como o exercício do direito de propriedade constitue a verdadeira posse, do mesmo modo o exercício de um jus in re produz essa analogia da posse. E assim como na posse

¹¹ Seguirão as disposições do Código Civil francez;
O CODIGO DO URUGUAY, nos arts. 594 e 595.
O CODIGO DO CHILI, no art. 882: o prazo para a prescrição das servidões continuas é segundo este código de dez annos,
CODIGO ARGENTINO, Liv. 3º titulo 12, art. 48.
CODIGO VENEZUELANO, arts. 598 e 599.
CODIGO PORTUGUEZ, arts. 2272 e 2273.
CODIGO ITALIANO, arts. 629 e 630.

verdadeira é a coisa e não o direito de propriedade que se possui (*possessio corporis*), do mesmo modo não dever-se-hia falar aqui da posse de uma servidão (*possessio juris*) (Savigny, Poss., pag. 175).

Encarada em suas relações com o direito de propriedade, a posse manifesta-se, entretanto, igualmente como o exercício dos poderes compreendidos neste direito. Ora, sob este ponto de vista prático, a ideia pareceu susceptível de ser estendida a outros direitos reais, especialmente aos direitos de servidão, que são desmembramentos do direito de propriedade, e tem-se considerado como possuidor de uma servidão aquele que exercita os poderes contidos no direito da servidão. (Maynz, § 82).

46. — Eis perfeitamente accentuada a noção da quasi-posse, ou da *possessio juris*, como a denominavam os Jcs. romanos.

POSSE DO DIREITO: bem longe da impropriedade que nella descobre Savigny (Posse, § 12, pag. 173, antes por chocar algum tanto a sua noção de posse fundada no *animus domini* (Obr. cit. pag. 94), noção aliás fortemente impugnada por escriptores de nota (Molitor, Posse, n. 18; Ihering., Protecç., Poss., § 11 e 12)¹², do que por ir de encontro á realidade das cousas, a expressão traz com clareza a noção da subjectividade do *jus in re*.

A quasi-posse do dominante consiste, effectivamente, no exercício do direito de restricção ao pleno dominio do serviente.

Characterizada a posse, segundo a noção moderna de Ihering, como a EXTERIORIDADE DA PROPRIEDADE a quasi-posse póde ser accentuada como a exterioridade do direito de servidão.

¹² Entendamo-nos:

Ninguém impugna o *animus* como fundamento da posse. Ao contrario elle é elemento indispensavel, e tratando-se das servidões e de sua quasi-posse, o *animus* é o antidoto da *precariedade*. tão bem como em referencia á posse em geral. Os escriptores impugnarão apenas a denominação a qual exclue a posse de todos quantos não possuem como proprietario e propoem como mais correcta a: *animus suo nomine possidendi* ou *animo sibi habendi*

A vacillação dos Jcs. romanos em: ora aceitar a denominação — *juris possessio* — e o facto da posse das servidões (L. 7, de itin.; L. 2, Comm. proed.; L. 2 § 3º, de proec. L. 10, C. de poss.); ora, repudial-a, mesmo em referencia á quasi-posse do usufructuario (L. 1ª § 8, D. quod. legat., L., 32, § 1º, de serv. proed. urban.) explica-se bem, pela repugnancia que tinham aquelles grandes civilistas em quebrar o rigor de suas noções juridicas dando-lhes elasterio fundado apenas em razões analogicas.

Outra não pôde ser a razão quando as expressões *quasi-possessio*, *quasi-in-possessione*, são consagradas em textos expressos. (L. 3, § 17, de vi; L. 23, § 2 ex quib. cons. maj.; L. 10, pr. si serv. vindic.)

47. — Deixemos de parte estas minudencias e assignalemos o facto indiscutivel: no antigo direito romano a servidão, com quanto coisa incorporea, podia ser objecto de posse, aberta assim franca excepção ao principio exharado no frag. de Paulo, Lei 4, § 27, D. de usurp. et usucap.

48. — Por que actos se revela a quasi-posse, e como se torna ella effectiva?

E' preciso distinguir:

Si a servidão é positiva ou affirmativa, e consiste em factos que si devão reproduzir em tempos ou épocas interpoladas, o que constitue a servidão discontinua, segundo a denominação do direito moderno, a quasi-posse depende da realisação do acto de serventia, pelo menos uma vez, com o *animus* de exercitar a servidão: este *animus* é que tira ao acto singular a sua accidentalidade para imprimir-lhe o cunho de um acto praticado a *titulo de direito*; (Savigny, Posse, 7ª edicç., pag. 468; Maynz §§ 82 e 135); o exercicio a titulo precario ou de tolerancia não constitue posse. (L.7 D. de itinere; L. 25, D., quemod. serv. amitt., C. da Rocha, § 441).

49. — Quando, sendo positiva (quæ in patiando consistit) a servidão fôr *continua*, isto é, ligar-se intimamente em seu exercicio a

posse do fundo serviente (Savigny, Obr. cit., § 46, pag. 467) a quasi-posse consistirá na permanência do estado de coisas criado pela sua constituição, isto é, na prática ininterrompida dos actos da servidão. (Molitor, serv., n. 93; Maynz, § 135; C. da Rocha, § 441).

50. — As servidões negativas consistem em uma proibição imposta ao serviente, por força da qual não lhe é dado exercitar um acto qualquer do seu direito dominical, acto que a não ser a servidão poderia ser praticado por elle.

A servidão *altius non tollendi* é um frisante exemplo de servidão negativa. (Savigny, loc. Cit.; Molitor, serv., n. 3; Maynz, § 133).

A quasi-posse das servidões desta especie não se póde firmar em actos positivos, pois que ella consiste em um estado de negação, d'ahi o terem estabelecido os legisladores romanos que ella se realisa quando ha a posse do titulo, ou uma contradicção victoriosa por parte do que pretende a servidão, contra o que a deve prestar. (L. 6^a, § 1^o, D. si serv. vindic.; L. 18, D., Quemad. serv. amitt., L. 15 de Operis nov. nunt.)

51. — A noção do *juris possessio* das servidões completa-se, com as seguintes palavras de Molitor, que encerrão o delineamento da quasi-posse em relação aos direitos creditorios e os seus traços distinctivos da *corporis possessio* que teem o credor pignoratício, o emphyteuta, o precarista &c.:

“Pour qu'on puisse attribuer a l'exercice d'un droit le caractere d'une *juris possessio*, il faut que cet exercice soit contenu, ou puissè se répéter; il faut par conséquent qu'il néteigne pas le droit lui-même. De là suit d'abord qu'un droit de créance ne sauroit être susceptible d'une *juris possessio*. (Obr. cit. n. 14 e 19).

52. — Como se adquire a quasi-posse das servidões.

Nas servidões positivas discontinuas a aquisição da posse opera-se pela pratica do acto da servidão, ainda que o facto se dê uma unica vez e violentamente, vencendo qualquer resistencia do senhor do predio. (Leis 25, D., quemad. serv. amitt.; 7^a de itin. actuque privat.; 20 de serv.; Savigny, Obr. cit. pag. 468 e not. 2; Molitor, Posse, n. 13, e Serv. n. 93; Maynz, § 135; C. da Rocha, § 441).

Como já o fizemos sentir é, porém, indispensavel que o acto seja acompanhado do *animus possidendi*; não se faz necessaria a tolerancia (*patientia*) do serviente. As expressões de Javoleno na Lei 20, D. de servitutibus, não deixão duvida sobre isto: *usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse*; porquanto, como diz Savigny (nota 2^a ao § 46) o *usus* constitue verdadeira apprehensão.

A posse destas servidões, depois de assim adquirida, conserva-se pela pratica do acto da servidão, ainda por terceira pessoa e sem ideia de representação; contanto que se exercite a servidão *fundi-nomine*. (L. 56, princ., 20, 24, D., quemad. serv. amitt.; L. 1^a, § 7^o, 3^o § 4, D., itin. act. priv.)

53. — Quando se trata de uma servidão a affirmativa continua a aquisição da sua quasi-posse dá-se desde que, na frase de Savigny: *se fazem as obras apparentes cuja existencia constitue precisamente o exercicio da servidão. Assim quando se trata do jus tigni immittendi, a juris quasi possessio depende da questão de saber si a immissão teve realmente lugar ou não.* (Savigny, Obr. cit., pag. 479; Molitor. servit. n. 93; Accarias, n. 218; Dir. das Cousas, § 131, B; Maynz, § 132 i. f.).

54. — A quasi-posse das servidões negativas adquire-se por dois modos:

a) Quando o senhor do predio serviente, tentando praticar o acto cuja proibição constitui a servidão encontra a oposição do senhor dominante, que o impede de levar a efeito o intento.

Esta oposição deve ser eficaz. No direito romano podia ella se manifestar, ou por meio de violencia do proprietario, ou por ordem do magistrado.

Deduz-se isto do fragmento de Africano na L. 15 D. de *operis novi nuntiatione*. (Veja-se: L. 43, D. de damno infecto; L. 6 § 1º D. si servit. vindic.; L. 18, D. quemod. serv. amitt.).

b) Quando o dominante adquire a servidão por titulo a *non domino* e exercita-a *animo possidenti*. (Savigny, Obr. cit. pag. 482).

55. — Alguns autores doutrinarão como possível a aquisição da quasi-posse da servidão negativa de um modo tacito, quando o serviente abstinha-se de praticar o acto prohibido e deduziãõ essa doutrina das seguintes palavras de Ulpiano no § 1º da lei 6ª D. *si servitus vindicetur*:

SCIENDUM TAMEN IN HIS SERVITIBUS POSSESSOREM ESSE
EUM JURIS, ET PETITOREM, ET, SI FORTE NON HABEAM
ÆDIFICATUM ALTIUS IN MEO, ADVERSARIUS MEUS
POSSESSOR EST.

Induzirão em erro as expressões: *adversarius possessor est*.

Este sentir de Savigny (nota 1ª pag. 481) foi recusado como interpretação do texto.

NAM (continúa o jurisconsulto) CUM NIHIL SIT INNOVATUM,
ILLE POSSIDET, ET ÆDIFICANTEM ME PROHIBERE POTEST,
ET CIVILI ACTIONE, ET INTERDICTO, QUOD VI, AUT CLAM.
IDEM ET SI LAPILLI JACTU IMPEDIERIT. SED ET SI,
PATIENTE EO, ÆDIFICAVERO, EGO POSSESSOR ERO
EFFECTUS.

Os termos parecem autorisar a opinião condemnada; a verdade, porém, é que a torrente dos interpretes affirma que só a

contestação dá lugar a aquisição da quasi-posse, porque sómente então torna-se activo por parte do dominante o *animus possidendi*.

O proprio Savigny, que patrocinára, nas duas primeiras edicções do seu tratado de posse, a opinião vencida (nota 1ª pag. 481) abandonou-a mais tarde, levado pelas considerações que nos seguintes termos, produz na setima edicção do seu tratado citado:

As palavras — *possessor est* — designão aqui, não a posse, porém a qualidade de defensor: “O adversario é aquelle que, se o quizer, póde ser defensor no processo. As palavras que seguem immediatamente apoião esta explicação, pois, si se tivesse era vista a posse, nada teria sido mais natural do que attribuir os interdictos possessorios a este adversario. E’ o que não se faz: não se lhe concede o interdicto *quod vi aut clam*, interdicto que póde subsistir sem posse de especie alguma.”

56. — Como se perde a quasi-posse das servidões.

Firmados os principios sobre a natureza e a aquisição da quasi-posse, nada mais facil do que chegar-se ao conhecimento dos factos que a carretão a sua perda.

A distincção das servidões em positivas e negativas é substancial, para o caso.

Assim a perda da quasi-posse da servidão positiva discontinua da-se sempre que o exercicio dos actos de servidão torna-se impossivel. (Maynz, § 135, pag. 829; Savigny, § 46, pag. 469; Dir. das Cousas, § 131. A)

Nas servidões continuas dá-se a perda da quasi-posse quando o serviente inutilisa *as obras apparentes cuja existencia constitue precisamente o exercicio da servidão*. (Savigny, § 46, pag. 479; Maynz, loc. cit.; Dir. das Cousas, loc. cit. B.)

A perda da quasi-posse das servidões negativas, somente se dá quando o serviente leva a efeito a realização do facto vedado pela servidão. (Savigny, § 46 cit., pag. 483; Maynz, § 135; Dir. das Causas, § 131 C).

São estes os principios reguladores da perda da *possessio juris*, ou posse das servidões, assumpto que, aliás, como intimamente ligado ao da posse, tem sido, mormente na Alemanha, thema para largas controversias.¹³

¹³ E' de grande conveniencia conhecer-se, ainda que perfunctoriamente a razão dessas controversias, cujo estudo é altamente instructivo e muito elucidado o ponto intrincado da posse em sua noção morphologica e applicada a quasi-posse das servidões.

Quer em referencia ás servidões pessoais, quer em referencia ás reais positivas, entende Savigny que a quasi-posse das servidões se conserva em quanto subsiste a faculdade de dispor da coisa, e que ella perde-se desde que cessa a possibilidade de exercer esta faculdade. (Savigny, Posse, pag. 462, 468 e 469.)

Em referencia ás servidões pessoais—ao usufructo, principalmente—compreende-se bem o pensamento encerrado na asserção de Savigny; como, porém, entendê-lo em relação ás servidões reais positivas, que consistem, segundo a sua propria noção, em um acto pessoal e independente (pag. 468) como a servidão itineris?

Como applicar esse principio de uma generalidade por demais ampla, ainda mesmo ao caso das servidões reais positivas que supõem, como as pessoais, uma certa posse do predio serviente: a servidão *tigni immittendi*, por exemplo? (pag. 467).

Esta servidão que não presuppõe, aliás, essa posse do predio serviente que Savigny lhe reconhece em absoluto á pagina 467, cit., mas sim uma posse limitadissima, caracterizada pela *immissio*, a qual consiste na faculdade de collocar o madeiramento, (como se diz na linguagem dos Praxistas portuguezes), apesar do texto da Lei 20, princ. D. de servit. præd. urban., citado por Savigny, esta servidão parece, todavia, afazer-se ao principio pelo illustre romanista estabelecido como regulador da conservação da *juris possessio* das servidões.

As difficuldades de applicação surgirão, porém, a cada passo, pondo á prova o talento generalizador do Savigny.

Como explicar a prescrição extinctiva das servidões, isto é, o desaparecimento pelo *non usus*?

Si a faculdade de exercitar a servidão, de praticar os actos desta, é o bastante para a conservação da quasi-posse das servidões, como extinguirem-se estas pelo facto de não serem praticados os actos de seu exercicio, si a faculdade de pratical-os subsistir?

Como se ha de julgar extincta uma servidão *tigni immittendi*, pelo facto de não collocarem durante trinta annos o madeiramento do muro ou predio visinho, que alli tenho em frente a mim, à espera d'esse madeiramento, garantindo-me assim a faculdade de collocal-os e usar da servidão? Esta difficuldade que em referencia á posse propriamente dita surgiu tambem ante Savigny, o illustre professor ladeiou-a com extrema habilidade.

Il faut donc bien admettre que pendant le simple non usage, si l'objet n'est pas occupé par autrui, LA POSSESSION RESTE EN SUSPENS, ET QUE C'EST LA REPRISE DE L'USAGE, OU L'EXPIRATION DE TOUT LE LAPSE DE TEMPS REQUIS POUR LA PRESCRIPTION, QUI PROUVERA SI LA POSSESSION A OU N'A PAS SUBSISTÉ PENDANT L'INTERVALLE. (pag. 462).

Em referência á posse o principio de Savigny não tem applicação jurídica a outros casos: a posse dos escravos fugidos não pôde segundo elle ser conservada, ao passo que é mantida a da propriedade longinqua que eu não visito ha cincoenta annos?(Ihering. Protecç. Poss pag. 159).

Tambem a theoria foi objecto de grandes criticas na Allemanha, e principalmente de uma censura rigorosissima da parte de Rodrigo Ihering.

Em referencia á posse, diz Ihering, si o principio de Savigny prevalece é a força da inercia que conserva a posse; consequentemente esta subsiste ainda que nenhum acto de exercicio, ainda que nenhum acto physico de relação possessoria se pratique; o grande ponto a averiguar é si perdura a possibilidade de exercer a faculdade de dispor da couza. (Ihering, Obr. cit. 10, pag. 159).

Em referencia a quasi-posse:

O facto de exercicio da servidão de caminho por 10, 20 ou 30 annos não faz perder a quasi-posse, porque durante este tempo subsistio a faculdade de renovar o acto de servidão, a passagem pelo caminho. (Ihering, loc. cit.)

Isto é a condemnação da theoria de Savigny diz Ihering.

Parece-nos que tem procedencia a censura de Ihering. Não na possibilidade da disposição da cousa, mas no exercicio dos actos da servidão existe a garantia da conservação da *quasi-posse*.

A theoria de Savigny arrastou Puchta ao reconhecimento da perduração da quasi-posse, ainda depois de desaparecer a servidão pela prescrição extinctiva!

E para que effeitos subsiste essa posse?

Que resultados produz?

Nenhum, diz Puchta; não leva á usucapião; não autorisa o uso dos interdictos!

Ronda, de accordo com Savigny e Puchta, affirma que um só acto de exercicio da servidão durante trinta annos, salva a quasi-posse.

Bruns lançou mais longe o seu dardo:

O exercicio, diz elle, somente é necessario para a aquisição da quasi-posse: esta uma vez adquirida dura tanto tempo quanto a possibilidade de reproduzir esse exercicio!

Não podemos alongar-nos mais: não terminaremos esta nota, sem completar a verdadeira noção da quasi-posse, com a transcrição de um trecho da notavel obra de Ihering, no qual com rara felicidade se accentúa essa noção:

La possession est l'extériorité du droit.

La theorie du pouvoir physique doit elle même recourir à la notion de l'exercice de la propriété, pour arriver de la possession des choses à celle des droits. Mais au lieu de se poser la question si voisine, de savoir si les notions du pouvoir physique sur la chose et de l'exercice de ta propriété sont corrélatiens, et au lieu d'expliquer pourquoi dans la possession sur les choses l'exercice du droit est lié au pouvoir physique, tandis qu'il ne l'est indubitablement pendans la quasi-possession, elle passe rapidement sur ce point de vue si riche en consèquences, elle ne le met en scène que pour le faire aussitôt disparaitre, après qu'il a rendu le service qu'on lui demandait. Bien plus, le préjugé que l'essence de la possession consiste dans le pouvoir physique va si loin, que Savigny con- teste même á la quasi-possession son droit au nom de posses« sion, et dans cet eraploi du même mot, dans cette preuve frappante de la reconnaissance de leur homogéintté interne, abtestee par l'abstraction juridique, il ne veut voir qu'une *dura necessitas* engendrée par la pauvreté de la langue comme s'il eût été difficile aux Romains d'adopter l'expression dont se servaient les interdita possessiores pour designer ce rapport à la quasi-possession, au moyen d'une ajoute queleonque, par exemple comme *usus juris*.

L'expression *juris possessio* employée par la jurisprudence romaine pour designer l'extériorité des servitudes est à mes yeux la meilleure preuve que ce qu'elle entendait par *possessio*, par rapport à la propriété, pouvoit parfaitement être appliqué aux servitudes, en d'autres termes que c'était non le pouvoir physique sur la chose mais l'exteriorité de la propriété.

(Ihering, Protccc, Poss. trad. de Meulenaér, n. XI, pag. 176)

57. — Protecção da quasi-posse das servidões.

A aplicação dos remedios possessorios á protecção da quasi-posse das servidões é cheia de incertezas no D. R. e a pobreza dos textos, dando origem a grande vacillação na doutrina, ao ponto de haver quem pensasse que nenhuma aplicação podia ter a defeza da quasi-posse das servidões, (Maynz, § 138, not. 1), fez nascer a necessidade de fixar uma theoria provavel que mais se aproximasse da natureza do facto que se pretendia proteger. (Maynz, loc. cit.).

E' a razão pela qual foi aceita a theoria que Savigny offereceo nos § § 45 e 46 do seu tratado de posse.

58. — Seja como fôr, o que ha de saliente na applicação dos interdictos á protecção da quasi-posse, é que, quer no D. R., quer no moderno, deslocou-se o facto e protegeo-se a quasi-posse da servidão na posse do predio dominante.

E' assim que, considerando-se que a servidão é um attributo do predio dominante, negão, de acordo, os J. C. S. romanos e os modernos a applicação do *interdicto unde vi* (acção de força expoliativa do nosso direito) á quasi-posse das servidões reais, e isto pela razão de que a expoliação da quasi-posse não acarreta neste caso a da posse do immovel dominante, o que aliás, se dava em referencia às servidões

A diffiuldade do assumpto autorisa as mais variadas theorias sobre a noção da posse; eis tudo.

Com razão diz Sumner Maine:

En réalité la possession, dans les termes ou en parlent los juristes romains, ne semble pas très facile à comprendre. Le mot comme l'indique son etymologie, doit avoir designé à l'origine le contract physique ou la faculté de produire à volonté ce contact; mais dans l'usage ordinaire et saus á épithète, il désigne non pas simplement la detention materielle, mais la détention jointe á l'intention de conserver comme proprietaire la chose detenue. (Sumner Maine, o Direito antigo, traducc. de Courcelle-Seneuil, pag. 271 a 275).

Tratando-se de fixar a noção da quasi-posse para della se deduzir a da sua aquisição e extincção, nunca será demais fixar bem a da posse.

Esta applicada aos direitos, e não restricta á dos bens corporaes, é a quasi-posse.

peçoas; ao usufructo, por exemplo. (Maynz, § 138, pag. 837; Mülhembruch, pag. 293).

59. — Em referencia ao usufructo a applicação dos interdictos fazia-se no direito romano por textos expressos: *L. 4^a D. uti possidetis*, *L. 3, § 13, 14 de vi*, *L. 60, pr. de usufruct.* &.

Em relação ás servidões reaes os textos recusão o uso do interdicto unde vi, porque n'ellas não se dava *a dejectio*; (*L. 4, § 27, D. de usurp.*) ao passo que as acções especiaes substituirão, no caso de turbação, o emprego do interdicto *uti-possidetis*, e a essas acções é que denominavão os J. C. S. — INTERDICTA VELUTI POSSESSORIA. (*L. 20, D., in f. de servit.*)

60. — São estes os principios que se póde vêr desenvolvidos no magistral tractado de Savigny (§ § 45 e 46 e notas) e nos modernos tratadistas e commentadores do direito romano. (Vid. Mayng, § 138 e notas).

Na sua applicação forão, sem duvida, de grande coherencia os jurisconsultos romanos.

O uso das acções especiaes para a protecção da quasi-posse das servidões discontinuas, que merecêo a condemnação do direito moderno, que a todas as servidões protegeo com o interdicto *uti-possidetis*, Savigny justifica-o, com grande apparencia de razão, na nota 3^a á pag. 470, do seu tractado de Posse, fundando-se na indole do direito romano, e nos seus principios restrictivos em materia de direitos reaes.

61. — No estado actual do nosso direito e pratica do fôro a posse das servidões, de qualquer especie que estas sejão, é protegida pela acção da manutenção. (Doutr. das Acções, Edicç. de Teix de Freitas, § 86, notas 413 e 414; Dir. das Cousas, § 136 e notas; B. Carn. § 82, n.1 a 6).

Esta acção visa dois fins:

a) A cessação da turbação com cominação de pena, para o caso de reincidir o turbador. (Doutr. das acç. cit., nota 415).

b) Indemnização do damno causado pela turbação. (Doutr. das Acç., not. 416; Lobão, Interd., § 284 e seg.; Julgado, publicado no *Direito*, vol. 33, pag. 267).

Ella tem igualmente applicação quando se trata de repellar uma servidão, que imporia turbação da posse pacifica de um predio.

Tem sido julgado que a acção de manutenção é meio regular de que póde lançar mão o dono de um terreno, contra o simples locatario que queira impôr servidão de caminho sobre o mesmo terreno. (Acc. do Supr. Trib. de Just. de 6 de Novembro de 1875, no Dir., vol. 8º, pag. 643).

62. — Pelo nosso direito ella applica-se a todos os casos em que, segundo o direito romano, havia necessidade do uso de acções especiaes.

E' assim que ella é utilisavel.

a) Por quem fôr turbado na servidão de transito que tiver por tempo maior de um anno: ainda que essa turbação consista em impedimento de concertar o caminho. (Doutr. dos Acç., § 88 e notas);

b) Por aquelle que tiver posse de servidão de aqueducto, por mais de anno. (Doutr. dos Acç., § 89 e 90);

c) Pelo possuidor da servidão de *buscar agua* á fonte ou cisterna alheia, ou levar o gado a bebêr. (Doutr. das Acç., § 91 e not.);

d) O nosso direito concede-a igualmente ás servidões prohibitivas. (Doutr. das Acç., § 92 e nota);

63. — Borges Carneiro no n. 1º § 82 do seu curso de direito civil admite no nosso direito o uso do interdicto recuperatorio (acção de força) para recobrar a quasi-posse da servidão.

E' equivoco do grande mestre.

A doutrina aceita pela generalidade dos escriptores do nosso direito e confirmada por jurisprudencia constante e antiga é, pelo contrario, a utilização da acção de manutenção, como unico meio possessorio applicavel á protecção da quasi-posse das servidões, a qual póde apenas ser turbada, mas nunca ser esbulhada com a posse do predio dominante; quer u'um, quer n'outro caso, esta perdura, apenas embaraçada em seu exercicio, pela privação que lhe impõe o acto da servidão.

64. — Accresce que, dada a hypothese de verdadeiro esbulho da quasi-posse, considerada esta, contra o sentir dos escriptores modernos, como separada da posse do predio dominante, qual seria o resultado?

Figure-se o exemplo da destruição das obras que constituem o aqueducto?

O remedio bem longe de ser o possessorio *unde vi*, seria aqui a acção confessoria, porquanto o facto importava ataque directo e flagrante, não á quasi-posse da servidão, mas ao direito de servidão de aqueducto.

Foi attendendo a isto que os romanistas modernos, como fizemos vêr, só admittirão na quasi-posse a turbação e não o esbulho, a não ser nos casos em que a quasi-posse da servidão, coincide com a posse do immovel.

65. — Efeitos geraes das servidões:

As servidões regularmente constituídas tem, como collorarios necessarios, os direitos e obrigações resultantes do laço juridico por ella estabelecido.

E' assim que dellas decorram direitos e obrigações:

a) Do senhor dominante.

b) Do senhor serviente.

Os direitos e obrigações do senhor dominante devem ser considerados em referencia ás servidões pessoas¹⁴ e ás reais.

¹⁴ Comquanto o estado das servidões pessoas exceda do plano deste trabalho, quer, todavia, parecer-nos, que a intima conexão de materia, em referencia aos effeitos geraes das servidões torna necessaria a exposição dos principios capitais reguladores dos effeitos das servidões pessoas.

Ahi, vão, muito pela rama, as mais importantes deduições da constituição das servidões do usufructo, uso e habitação, em referencia ás pessoas do dominante e do serviente, do agente e do paciente da servidão.

No usufructo os direitos do usufructuario concentram-se nos seguintes:

Uso e fruição sem que estes se limitem ás suas necessidades, (B. Carn., § 43, n. 2; Dir. das Causas, § 98, Van-Wetter, § 233; Instit. de usufr., princ, L. 7 D. de usufr., § init.; Accarias n. 275.)

Este escriptor doutrina que o usufructo acarreta o exercicio das servidões necessarias para a sua realização. Isto não é concessão especial ao usufructo; é o principio geral em referencia a todas as servidões, no numero das quaes conta-se o usufructo.

O uso comprehende-se facilmente como se exercita.

O gozo ou direito aos fructos, que constitue o outro elemento do usufructo, alcança-se pela percepção dos fructos naturaes ou pelo vencimento dos fructos civis. (B. Carn. § 43, ns. 10 e 11; Dir. das Causas, § 102; Van-Wetter, § 231; Accarias, n. 275, pag. 662 i. f., e pag. 663 a 664).

O usufructo é transferivel quanto ao exercicio. (Instit. de usu et habit. § 1.º i. f.; Ortol., Comment. a este §, n. 499; Accarias, n. 275, pag. 664; B. Carn. § 43, n. 15 e seg.; Dir. das Causas, § 101).

Os deveres do usufructuario deduzem-se da natureza dos direitos que possui e por elles se limitão.

Assim tem elle por obrigação:

A conservação da coisa usufruida, não podendo applicar a uso que importe a sua transformação ou modificação.

Nesta obrigação contem-se a de fazer os reparos que necessitar a coisa usufruida, em virtude dos estragos que nella houver produzido o exercicio do direito de que é objecto. Os grandes reparos, os que são exigidos pelos danos causados pela acção do tempo, não correm por conta do usufructuario. (L. 7.ª, D. de usufruct., § 2.º; Van-Wetter, § 233; Accarias, n. 276; B. Carn. § 43, n. 21 e seg.; Dir. das Causas, § 105, n. 2.)

A gerencia ou administração da coisa, dispensando-lhe todos os cuidados de um bom pae de familia. (Van-Wetter, loc. cit., Accarias, n. 276; B. Carn., § 43, n. 21; Dir. das Causas, § 104).

Restituição do objecto, findo o usufructo, ao proprietario, com indemnização de todas as damnificações, causadas por culpa, ainda leve. (B. Carn., § 43, n. 22; L. 13 § 4º, D. de usufr.) *Causam proprietatis deteriorem facere non debet*, diz Ulpiano, e L. 1ª, d. Usufr. quemod. caveat.: *restituam quod inde extabit*.

E' corrente que o usufructuario deve usar dos meios para interromper a usucapião dirigida contra o predio, para evitar a prescrição extinctiva das servidões. (Accarias, n. 276).

Pagamento das imposições que pesarem sobre o objecto usufruído.—*Usufructu relicto, si tributo ejus rei præstantur, eo usufructuarium præstare debere dubium non est*, diz Modestino, Lei 52, D. de usufr. (Accarias, n. 276; Dir. das Causas, § 105, n. 1)

As pensões alimentícias que não houverem sido impostas ao proprietário senão em atenção ao fundo usufruído devem ser pagos pelo usufrutuário. (Accarias, loc. cit.; Dir. das Causas, § 105, n. 1, nota 3):

Caucionar para garantir a restituição da causa usufruída, em estado de conservação. A caução póde ser substituída por uma garantia real, a falta da caução inibe o proprietário de entrar na posse da coisa usufruída, não o impede, porém, de receber das mãos do proprietário os fructos e rendimentos, deducção feita das despesas ou gastos legais (B. Carn., § 45, ns. 1 e seg.)

No uso os direitos do usuário limitam-se aos de um uso amplo da coisa (L. 22 § 1.º, D., de usu et habit.; Accarias, n. 281; B. Carn. § 47, n. 1, Dir. das Causas, § 112 e nota 3); mas sem a fruição salvo n'aquelles casos em que pela inutilidade do simples uso se deva entender que a servidão amplia-se ao gozo de alguns fructos. Assim o uso de um rebanho deve ser entendido como autorizando a utilização do leite das ovelhas ou cabras, o uso de um terreno rural como a concessão para utilizar-se d'elle plantando e colhendo. (Instit. de usu et habit., § 1.º; Ortolan, Commen á Instit. cit. n. 498; Van-Wetter, § 237; Accarias n. 281; B. Carneiro, § 48, n. 6; Dir. das causas, § 112).

O § 4.º da Instit. cit. veda em termos formaes o uso do rebanho a não ser para estrumar os campos e proíbe que o usuário se utilize do leite: *neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usufrarius quia ea in fructu sunt etc.*

Como, porém, o faz sentir Ortolan, tal uso seria irrisório e inútil, d'ahi a solução de Ulpiano acima referido. (Ortolan, Comment., n. 502; Molitor, serv.

O direito de uso é inalienável, mesmo quanto ao exercício. *Nec ulli alii jus quão habet aut locare, aut vendere, aut gratiis concedere potest* (Instit. cit. § 1.º in fine; Accarias, n. 281; Molitor, n. 75; B. Carneiro, § 47, n. 7) menos si o legado de uso fór inútil no poder do usuário, caso em que poderá local-o. (idem n. 8).

A Lei 4.ª D. de usu et habitatione parece, porém, autorizar a cessão do uso de parte de uma casa, permitindo-a em quanto o usuário continuar a habitar o prédio: *Secundum hæc et si pensionem percipiat, non erit ei invidendum etc.* diz Ulpiano: no entanto o § 2.º da Instit. de usu et habitatione veda essa faculdade. O J. C. S. porém, a tem mantido de accordo com a autorizada opinião do Ulpiano (Accarias, n. 281, pag. 685; Molitor, n. 74).

Outra excepção aberta a esta prohibição é a que estabelece Ulpiano no fr. 12 § 4.º, D., de usu et habit., ibi: *sed si testator sciens etc*, onde autoriza a locação do uso por ser este concedido a uma pessoa cuja profissão é alugar objectos da especie do que foi dado em uso. Molitor, serv., n. 74, n. 8; Dir. das causas, § 112, n. 5).

No uso as imposições são supportadas pelo proprietário e bem assim os reparos, pois, a elle cabe a fruição da coisa (Van-Wetter, § 237, n. 3). Póde, todavia, a responsabilidade desses onus ser dividida com o usuário, o que se dá quando assim houver sido estipulado. (Accarias, n. 281, pag. 685), e quando a coisa produz fructos e que o usuário os colhe todos tem este de pagar só todas as despesas e reparos (Molitor, serv., n. 76).

O uso é indivisível (Molitor. serv. n. 75 Mayns, § 129; B. Carneiro, § 47, n. 11, Dir. das Causas, § 112, n. 5).

Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus: uti pro parte non possumus; diz Paulo na L. 19 D. de usu et habit.

O usuário deve caucionar como o usufrutuário. (L. 5, § 1º D. de usufr. quemad. caveat e Lei 11, h. t.; B. Carneiro, § 47, n. 13, Dir. das Causas, § 112 n. 6).

A habitação.—Esta servidão não era reconhecida no D. R. senão como um estado de facto, antes do que como um estado de direito; (Van-Wetter, § 238, Ortol., á Instit., n. 504; Accarias, n. 281); comquanto os textos attestem grande duvida e hesitação sobre a determinação da natureza deste direito real e sua extensão (veja-se: Leis 8.ª pr., 10, pr. e § 2.º D. de usu et habit., e L. 12 Cod. eod).

As primeiras são estranhas ao nosso assumpto.

66. — Quanto ás servidões reais, os efeitos destas, apenas legalmente constituídas, manifestão-se em certos direitos e obrigações, que se gerão na relação jurídica creada em referencia ao dominante e ao serviente.

No exercicio das servidões é, consequentemente, que se manifestão os seus mais salientes efeitos.

67. — A pratica dos actos da servidão é facultada em inteira plenitude e extirpe de obices, ao proprietario dominante:

a) Dentro dos limites estabelecidos no titulo constitutivo da servidão, ou na posse e costumes do lugar, em falta de tal titulo. (Cod. franc. art. 686 a 702; Demol. n. 866; B. Carn. Dir. Civ., § 80, n. 14; C. da Rocha, § 601; Dir. das Cousas, § 118; Pardessus, n. 54; Solon, n. 468; Cod. Civ. Italiano, art. 646, Cod. do Uruguay, art. 600; Cod. Argentino, Liv. 3º tit. 12, art. 49; Cod. do Chili, art. 884, Cod. de Venezuela, art. 615.)

Ella distingue-se do uso e assemelha-se ao uso-fructo em poder ser transferida; mas unicamente a titulo oneroso. (Inst. de usu et habit. § 5.º i. f.; h. 13, Cod., de usufrut hab et.&). não a titulo gratuito: *denique donare non potest*, diz a Lei 10 Dig. de usu et habitat., frag. de Ulpiano (Maynz, § 130; Accarias, n. 281, pag. 636, Molitor, n. 77;). No direito moderno não se tem facultado ao *habitor* a transferencia gratuita da habitação, como o suppunha B. Carneiro § 47, n. 16; bem longe disso as tendencias dos Codigos modernos são para a mais rigorosa restricção de tal direito real ás necessidades do habitator o sua familia. (Cod. Civ. Arg., Liv. 3.º, tit. 11, art. 16, Cod. Oriental, art, 511; Cod. civ. Chileno, art. 810, Cod. civ. Italiano, art. 258).

A extenção do direito de habitação á familia do *habitor* já era autorizada pelo D. R.

A habitação entendia-se concedida por toda a vida do beneficiado, quando não havia tempo marcado. (Ortolan, n. 501; Accarias. n, 281; L. 10, § 3.º, D., de usu et habit.; B. Carn., § 47, n. 18;

Dava-se porém, a seguinte restricção: quando doada *inter-vivos*, podia ser revogada pelos herdeiros do daodor, D. de alementis legatis).

O *habitor* pode colher os fructos civis da cousa, por isso que pôde local-a: (Dir. das Cousas, § 113, not.; B. Carneiro, § 47 n. 16) seo direito é, pois, divisivel.

No caso de concurso de mais de um *habitor* a falta de um delles estabelece para os outros um direito de acrescer como succede no usufructo. (Molitor. n. 80; Mayns, § 130; Dir. das Cousas, § 113 n. 1)

O *habitor* responde pelas despesas de reparação e deve offerecer caução como o usufructuario (L. 5, § 3 D. usufructo quemod. coaviat.; Maynz, § 130; Molitor, n. 80).

b) Dentro das necessidades do predio dominante em atenção às quaes foi constituida e, até certo ponto, limitada por estas. (Demolombe, n. 846; B. Carneiro, § 80, n. 17; Molitor, n. 10; Solon, n. 479 a 484; Dir. das Cousas, § 118; Pardessus, n. 54 e 55).

68. — Do exposto decorre:

1.º) Que o senhor dominante póde exercitar todas as servidões accessorias que forem necessarias para o exercicio da servidão constituida, (Ulpiano, L. 3ª § 3º, D. de servit, præd. rust.; Celso, L. 10, D. de servit.; Paulo, L. 20, § 1.º D. de serv. præd. urban.: Ulpiano, L. 4.º § 5º., D. si serv. vindic; B. Carn. § 80, n. 5; Cod. Civ. Franc. art. 690; Demol. n. 830 e 831; Pardessus, n. 54; Solon, n. 475; Cod. Civ. Ital., art. 639; Cod. Civ. Argentino, Liv. 3º, tit. 12, art. 49; Cod. do Chili, art. 828; Cod. de Venezuela, art. 609).

2.) Que poderá fazer, quer no predio dominante, quer no serviente, todas as obras precisas não sómente para a constituição da servidão, mas para o melhor exercicio e aproveitamento, e para a conservação da mesma. Este direito amplia-se, é claro, á faculdade de transportar todos os materiaes precisos para as construcções; a sua consagração existe na doutrina dos escriptores modernos, de não ser o dominante responsavel pelos estragos que, por ventura, faça no predio serviente quando exercitar esta faculdade. Assim se estragar plantações feitas por não existir outro caminho, pelo qual transporte os materiaes, não será obrigado á indemnisação, não tendo o serviente direito a perdas e danos, salvo si o dominante tinha meios de evitar o prejuizo causado. (L 4ª § 5, D. si serv. vindic. L. 10, D. de servit.; L. 20, § 1º D, de serv. præd. urban.; Cod. Civ. franc, art. 697 a 699; Cod. do Chili, art. 829; Cod. do Uruguay, art. 601; Cod. de Venezuela, art. 609; Cod. Argentino, Liv. 3º, tit. 12, art. 53; Cod. Italiano, art. 640 e 641; Demol., n. 833 a 836; Pardessus, n. 55 a 56; Solon, n. 476 a 477; Maekeldey, § 320, n. 7;

Wan-Wetter, § 342, n. 2; Molitor, n. 16; B. Carn., § 80, n. 2 a 4 e n. 9 a 13; Dig. Port. art. 464.)

3.º) Não lhe é lícito tornar, por qualquer modo, mais gravosa a servidão para o serviente. É princípio capital este.

69. — Como se opera a aggravação? Quaes os actos que a constituem? Em regra sómente os tribunaes podem reconhecer ou não a aggravação segundo os factos que lhes forem sujeitos. Esta jurisprudência franceza é de todo o ponto verdadeira. (Demol., n. 854 e 854 bis.)

70. — A alteração no modo de exercicio da servidão; a mudança de local; a extensão da area de terreno sujeita ao onus, além da precisa, para a utilidade do predio dominante; a pratica dos actos da servidão em horas improprias; maior amplitude no seu exercicio, todos estes factos importão em aggravação da servidão. (B. Carneiro, § 8º, ns. 16 a 19; Lobão. Aguas, §§ 178 a 182; Dir. das Cousas, § 118, Demolombe, n. 845; Pardessus, n. 61; Solon, n. 479 e segs.). ‘

71. — Os argumentos e modificações materiaes do predio dominante podem ser fontes de aggravação.

Convêm, porém, observar os seguintes principios:

Não é aggravada a posição do serviente pelo facto de não haver o dominante, na construcção das obras para a constituição da servidão, attendido a maior commodidade do serviente. Demol. n. 838).

É aggravada, no entanto, a condição do serviente si as obras feitas em seu predio, para o exercicio da servidão forem imperfeitas de modo a prejudicarem o predio. Assim a represa ou o canal que deixarem vasar a agua. É claro que, se, havendo sido as obras feitas segundo a arte, causarem damno por força maior ou por circumstancias naturaes uma inundação que faça extravasar o canal do aqueducto,

(Demol. n. 840; L. 20, § 1º, D. de servit. præd rust.: Pardessus n. 56); nenhuma aggravação imputável ao dominante existe.

As janellas collocadas de modo a devassar-se o interior do predio serviente. os caminhos que atravessarem em grande proximidade a frente ou os fundos da casa, que sejam por demais largos, que percorram roças, terrenos plantados etc, aggravaão as respectivas servidões. (Demol., n. 841, L. 3, § 15, D., de itin., actuque privato.)

72. — No caso de ser a servidão em lugar o mais prejudicial ao serviente, não se achando fixado o local no titulo constitutivo da servidão, só aos tribunaes compete a fixação de outro local. E' a melhor doutrina. (Demol. n. 843.)

73. — O condominio superveniente no predio dominante importa aggravação da servidão?

Si se reconhece como dominando o assumpto o principio do art. 700 do Cod. Civil francez, por força do qual no caso de condominio, cada um dos coproprietarios tem o direito de exercitar a servidão, o gravame parece saliente.

Supponha-se que a servidão consiste em passar por um jardim: é facil de aquilatar a differença que existe entre o exercicio deste direito, por parte de um só proprietario do predio dominante, ou por grande numero de condominos, que mantenhão a posse indivisa do predio e que hajão de exercitar esse direito de passagem.

A aggravação é, todavia, apenas apparente.

Que a posição do serviente torna-se menos, commoda, nenhuma duvida ha. (Mourlon, Répét, Écrit. n. 1841); não assiste-lhe o direito de reclamar contra esse estado de cousas, e isto porque, como diz com grande justeza de conceitos, Mourlon, no citado n. 1841.

La servitude ayant été constituée, non point pour l'utilité du maître actuel du fonds dominant, sans limitation des personnes qui pourraient être appelés à l'exercer, ce n'est pas l'aggraver que la faire exercer par plusieurs, dans la limite des besoins du fonds dominant.

Quaecunque servitus fundas debetur, omnibus ejus partibus debetur.

E' a aplicação desta regra de Paulo que Moulon desenvolve e com elle amplamente *Demolombe* no n. 856 e seg.

O incommodo que a divisão do dominante acarreta ao serviente é uma consequencia natural das cousas, consequencia que não devia ter escapado á previsão do serviente na época em que constituiu a servidão; podia então prever as consequencias do fallecimento do dominante, que tinha mais de um herdeiro forçado.

Não nos parece necessaria a distincção que faz *Demolombe* entre as servidões continuas e discontinuas, e a subdivisão entre servidões de exercicio divisivel e indivisivel. (*Demol.*, n. 857, e segs); em nada aproveita ella á decisão da questão.

74. — E' ociosa, igualmente, a distincção de Solon entre a divisão operada no predio dominante por força de um acto judicial, ou por acto do senhor dominante; por uma partilha, em inventario, ou por uma venda doação, permanente & (ns. 487 e 488).

Os principios estabelecidos no n. 488 são muito arbitrarios. A reserva do direito de servidão para o senhor dominante, que aliena parte do predio que tem a servidão activa, deve ser expressa; no caso da omissão sobre tal reserva predomina o principio geral, que o Cod. Civ. francez consagrou no seu art. 700.

75. — O que levamos dito não importa a negação da possibilidade de aggravação no caso de condominio. Este estado presta-se, ao contrario, a facilitar a producção de um gravame ao serviente; os

condominos podem querer exercitar a servidão de caminho por diversos lugares; tornando assim a servidão gravosa ao serviente. Podem extrair da fonte maior quantidade d'água do que a precisa para o consumo do dominante: são agravações, é certo, mas que não proveem do condomínio, e sim do abuso dos condomínios. (Pardessus, n. 63 e 64).

Em qualquer das hypotheses a agravação não resulta do numero dos senhores activos da servidão e sim unicamente dos actos praticados no exercicio della.

O excesso d'esse exercicio é o que constitue a agravação, e tal excesso sómente pode ser evidenciado em face do titulo constitutivo da servidão; na falta d'este se regulará pela posse dos actos da servidão e o costume e usos da localidade a tal respeito observados communmente.

76. — Si a servidão houver sido constituida expressamente em favor apenas de uma parte do predio dominante, de um edificio que n'elle existe, uma casa encravada e sem sahida, por ex.: o que decidir?

77. — No caso de condominio é incontestavel o direito de todos os condominios ao exercicio da servidão.

Si, porém, o predio dominante houver sido partilhado em lotes distinctos, cada um dos quaes formasse o quinhão de um dos herdeiros, ou adquirentes do predio dominante, o senhor do lote no qual estivesse firmada a servidão, ao qual houvesse cabido a casa encravada, para seguir o exemplo figurado, era o unico a poder exercital-a; os demais quinhoeiros nada tem com ella; a partilha, a divisão do predio dominante localizou n'aquelle quinhão, com exclusão dos demais, a servidão cujo exercicio estava generalizada em proveito de todo o predio dominante. (Demol., n. 862; L. 6, D. de servit.; contra: Mourlon, Répét. Ecrites, n. 184: Vid. Solon, n. 488).

78. — A dificuldade apparecia quando não se achava a servidão localisada em uma parte do fundo dominante, ou quando essa mesma parte era objecto de divisão entre diversos condminos.

A lei 6^a, § 1º, Dig., quemad. servit. amitt., decidia que no caso existião tantas servidões quantos os quinhões ou lotes, em que fosse dividido o predio dominante.

E' a doutrina moderna. (Demol. n. 862; Murlon, n. 1841, Cod. do Chili, art. 827).

79. — Esta solução não exclue, é claro, uma divisão entre os condminos no modo de exercicio da servidão, divisão que póde ser pactuada entre elles, quer quanto ás horas, ao tempo de exercicio, quer quanto ao modo de dividir a agua, a areia, a terra &, cuja extracção constitúa a servidão. (Demol. n. 864).

80. — Como se vê o titulo é o regulador da extensão e amplitude dos direitos do dominante. Si o titulo não é explicito, ou não existe, firma-se o direito segundo a posse dos actos de servidão que tem tido o dominante. (Demol., n. 867;; Solon, n. 473: Cod. do Chili, art. 884; Cod. do Uruguay, art. 600; Cod. Port., art. 2275; Cod. Argentino, Liv. 3º, tit. 12, cap. 2º, art. 50; Cod. Franc., art. 702; Cod. Italiano, art. 616, 2.º aliena &).

81. — Póde dar-se prescripção contra o titulo?

Sim, quanto ao modo de exercitar a servidão.

Si durante o tempo da prescripção o dominante usar da servidão de modo diverso do que se acha estabelecido no titulo, o exercicio do direito real affirma-se no modo prescripto, desde que d'ahi não resulte a desnaturação da servidão. (Solon, n. 471).

82. — Como deve o serviente supportar a servidão?

A posição do serviente é em regra meramente passiva. O seu dever capital é consentir no exercício da servidão por parte do dominante e não praticar actos que tragão dificuldade, obstaculo ou mesmo modificação ao exercício da servidão. (Demol. n. 871; Pardessus, n. 65; Molitor, n. 16; Zacarias, § 339; B. Carn., § 8º, n. 25; C. da Rocha, § 601; Cod. fr. art. 701; Cod. Arg., Liv. 3º, tit. 12, art. 67; C. Ital., art 645; Cod. do Uruguay, art. 603; Cod. do Chili, art. 830).

83. — E'-lhe conseguintemente vedado?

a) Constituir nova servidão que embarace o exercício da primeira. (L. 14, D. de servil, proed. rust; Van-Wetter, § 242; Molitor, n. 16; Solon n. 432 e 464).

b) Fazer no seu predio obras que tornem impossivel, difficil, ou mesmo incommoda a pratica dos actos constitutivos da servidão. (Solon, cit. n. 465; Pardessus, n. 65; Demol., n. 822; B. Carn, § 80, n. 25).

c) Mudar o local da servidão quando fixado no acto constitutivo da servidão, ou estabelecido por prescrição. Salvo: 1) com accordo do dominante; 2) tendo se tornado impraticavel no lugar designado.; 3) não resultando damno, antes melhora para o dominante (Cod. franc. art. 701; Demol., n. 902; B. Carn., § 80, n. 26; Lobão, Aguas, § 187; e Notas a Melo, Liv. 3.º, tit. 13, § 10, n. 9; Pardessus, n. 70; Mourlon, n. 1844; Em. Accolas pag. 723; Cod. Ital. art. 645; Cod. do Uruguay, art. 603; Argent., Liv. 3.º tit. 12, art. 68; Cod. Port., art. 2278).

84. — A servidão deve ser interpretada no sentido restricto, d'ahi o conservar o senhor serviente o uso de todos os direitos dominicaes, que não entrarem em conflicto com os direitos reais transferidos ao dominante (A. A. cit).

85. — O serviente tem a faculdade de praticar em seu proveito todos os actos de servidão, desde que com isso não prejudique o

dominante. Assim pôde tirar agua da cisterna, passar no caminho, pascer o seu gado nos lugares da servidão. (Demol., n. 887; Lobão, Aguas, § 191; Solon, n. 496; Dir. das Cousas, § 118; Molitor, n. 16; Cod. Argentino, Liv. 3.º, tit. 12. art. 70).

Este direito pôde ser-lhe tirado no titulo constitutivo da servidão. (Demol. n. 889 e 890). Apesar do silencio de alguns autores sobre este ponto, não pôde ser contestada o direito de convencionarem os interessados, essa limitação nos direitos do serviente.

86. — Pôde igualmente o serviente fazer todas as obras que tendão a melhorar a sua posição em referencia á pratica ou exercicio de servidão por parte do dominante, sem peiorar a condicção deste (Demol., n. 893; C. da Rocha, § 601; Solon, n. 467; Cod. Argentino, Liv. 3.º, tit. 12, art. 71).

87. — E' um corollario d'essa regra a faculdade que o direito moderno reconhece ao serviente de fazer mudança na locação da servidão, respeitando a commodidade do dominante, quando, ainda não sendo impraticavel o local designado da servidão, fôr, todavia, prejudicial ao serviente e tornar-lhe o exercicio da servidão mais gravoso. (Demol., n. 898; Cod. Italiano, art. 645; Lobão, Notas a Mello, Liv. 3º, tit. 13, § 10, n. 9; Zacharias, § 339 e Massè e Vergé, nota 3ª ao mesmo §).

88. — Os deveres do serviente não podem ser ampliados além dos que naturalmente resultão da sua posição especialissima.

Assim não é elle obrigado a fazer as obras necessarias para o exercicio da servidão.

O direito romano estabelecia excepção em referencia á servidão *oneris ferendi*. (L. 6ª. D. si serv. vindi. § 2º; L. 33, D. de serv. proed. urban.); mas o direito moderno condemnou essa excepção, e só reconheceo a obrigação do serviente no caso de estipulação expressa no

contracto constitutivo da servidão. Tal podia, no entanto, ser o gravame resultante, para o futuro, da posição do serviente, em virtude de tal obrigação, que os códigos de quasi todas as nações concederão ao serviente a faculdade de escapar a esse onus, abandonando ao dominante o predio serviente. (Cod. franc, art. 699; Cod. Port., art. 2277; Cod. Italiano, art. 643; Cod. do Uruguay, art. 601).

Este abandono deve ser de todo o predio, ou sómente da parte em que se achar localizada a servidão, segundo a natureza desta. (Massé e Vergé, nota 8 ao § 339 de Zacharias; Solon, n. 476). A opinião em contrario de Pardessus, (n. 316) é condemnada por quasi todos os escriptores.

A distincção que faz Demolombe, na segunda parte do n. 882, onde começa sustentando a boa doutrina, é repellida pela jurisprudencia franceza, e importa, com pequena differença, na doutrina severissima de Pardessus. (Vid. os cit. Massé e Vergé).

89. — Cheia de interesse no direito francez, e nos que adoptarão a prescripção do art. 699 d'aquelle código, esta questão é excusada e despida de valor pratico entre nós, onde a faculdade de abandono não é reconhecida.

Si o dono do predio serviente transferir ao dominante o predio liberta-se de qualquer obrigação em referencia á servidão, porque esta extinguir-se-ha por confusão. Não tem elle, porém, a faculdade de abandonar a parte do predio onde se houver constituido a servidão do caminho, para libertar-se do onus de concertal-o, porque o dominante póde não aceitar o abandono, recusa que é impossivel no direito francez. (Demol. n. 884).

90. — A clausula que impõe ao serviente a obrigação de fazer as obras de conservação e exercicio da servidão, póde ser inserida em um contracto posterior á constituição da servidão. (Demol., n. 876).

Esta é a melhor opinião. (Pardessus, vol. 1º, n. 67, pag. 158).

91. — As obras a que fica obrigado o serviente, não havendo expressa estipulação, não compreendem a reconstrução do aqueducto, do caminho & mas apenas a conservação. (Demol., n. 878; Solon, n. 571); nem as de reparações de estragos devidos á culpa ou á impericia do senhor dominante. (Pardessus, n. 69).

92. — Esta obrigação é considerada pela generalidade dos doutrinadores, como real e não pessoal: d'ahi o entenderem que o terceiro adquirente do serviente, ainda por titulo singular, é obrigado á clausula, como ligada á propria servidão. (Demol. n. 880, onde cita a jurisprudencia dos tribunales francezes). Em contrario o Cod. Argentino, Liv. 3º, tit. 12, art. 73.

93. — Operada a divisão do predio serviente a qual das partes cabe prestar a servidão?

O principio capital é que a divisão do predio serviente traz como consequencia a constituição de tantas servidões passivas, quantos forem os lotes divisos.

Como veremos, esta noção é fertil de salutaes consequencias sempre que se tratar de considerar os effeitos do não exercicio dos actos da servidão em referencia á prescripção extinctiva da servidão devida por qualquer dos lotes do predio serviente.

A solução da duvida depende, porém, de uma distincção:

Ou a servidão abrange todo o predio serviente, como a servidão de pastagem, a de tirar terra, areia, pedras & e n'este caso cada um dos lotes fica sujeito á servidão, applicando-se em sua maior amplitude o principio capital que acima mencionamos.

Ou a servidão está adstricta a uma porção do predio serviente, com exclusão dos outros, de modo tal a não poder exercitar-se senão na parte onde se acha localizada, e a impossibilidade de exercício importar a extinção da servidão; e n'este caso a partilha não pôde ter por efeito senão manter o estado de cousas existentes antes d'ella, e só fica obrigado o lote sujeito. (Demol. n. 907 a 910; Pardessus, n. 73; Cod. Argentino; Liv. 3º tit. 12, art. 74).

94. — A conclusão do que fica expellido é:

a) Que o não uso da servidão em qualquer dos lotes firma a prescrição extinctiva da servidão, era referencia a essa porção divisa do predio serviente.

b) Que no caso de haver sido pactuada contra o serviente a obrigação de reparar ou conservar as obras necessarias para o exercício da servidão, essa obrigação comprehenderá todos os lotes, si na constituição da servidão comprehender a totalidade do serviente, e limitar-se-ha ao lote era que ficou restrictamente localizada a servidão, si esta não pesar sobre os demais lotes. (Demol., n. 910).

95. — A servidão deve ser entendida e exercitada restrictamente. Os deveres do serviente não são susceptíveis de elasterio por interpretação ampliativa que se dê ao titulo constitutivo da servidão.

Isto é inconcusso e rudimentar.

Autorisão, porém, taes principios a conclusão de que os terrenos que o serviente adquirir e reunir a seu predio ficão igualmente sujeitos ao onus real?

A negativa deduz-se do principio que manda limitar a extensão e comprehensão da servidão, ao estado do predio serviente, na epoca da constituição da servidão. (Demol. n. 850 e 94).

96. — Si taes accrescimos que consegue o predio serviente provêm de accessões naturaes, a solução é diversa, e isto, porque, taes accessões julga-se terem sempre feito parte do predio serviente. (Pardessus, n. 65. i. f.; Demol. n. 911).

O direito de pastagem que tenha o dominante póde, consequentemente, exercitar-se n'esses terrenos accrescidos por accessão natural, o que não se daria se outra houvesse sido a fonte de aquisição do serviente.

* * *

Classificação das servidões: Segundo a sua origem: Segundo a sua natureza: Segundo o seu modo de exercicio.

97. — As servidões se classificão:

a) Segundo a sua origem: em naturaes, legaes e voluntarias, ou de facto humano.

b) Segundo a sua natureza: em positivas e negativas; reais e pessoais; urbanas e rurais.

c) Segundo o seu modo do exercicio: em continuas e discontinuas; apparentes e não apparentes.

98. — A classificação das servidões em naturaes, legaes e voluntarias, ou de facto humano, objeto de graves criticas; sabemol-o.

E', no entanto, a que melhor discrimina esses direitos reais em relação á fonte de onde provêm.

O Cod. Civ. Franc. inaugurou no direito moderno essa classificação; adoptarão-n'a com maior correcção de tecnologia os Cods. Portuguez (art. 2271) e Chileno (art. 831): este chama — *voluntarias* —

as servidões oriundas do tacto humano, ás quaes os tratadistas denominarão impropriamente de convencionaes, denominação que não comprehendia todas as especies de servidões, que não se classificavão entre as naturaes e legaes.

Adoptamos a classificação, a despeito da critica dos commentadores do Codigo francez por nos parecer: a) que ha distincção entre as servidões naturaes e as legaes, distincção que o proprio D. R. aceitou, reconhecendo a servidão natural do escoamento das aguas (L. 1ª, § 22, D., *de aqua et aquæ pluvie arcenæ*) e que se funda na natureza das cousas: b) que as servidões naturaes e legaes, comquanto diversas no modo de constituição, visão, todavia, o mesmo fim que as servidões convencionaes ou de facto de homem, isto é, a pacifica coexistencia e exercicio dos direitos dominicaes entre predios visinhos, aperfeiçoando-se e completando-se esse exercicio pelos mutuos desmembramentos de uns direitos em favor de outros.

Effectivamente; as servidões naturaes não se pódem confundir com as legaes ao ponto de constituirem com estas um só membro de classificação (como nos Cods. Italiano, art. 532, e Oriental, art. 517), pelo facto de deverem a existencia juridica á acção da lei; porquanto independente d'essa sancção tem ellas existencia natural, que torna imperioso o seu reconhecimento pela lei: esta não podia, sem violentar a ordem das cousas, libertar o predio inferior de receber as aguas de accumulação natural existentes no predio superior.

A servidão legal, ao contrario, não tem sua origem, sua existencia, senão na disposição da lei: esta creou-a, podia deixar de creal-a, e se o houvesse feito a servidão não existia: fosse, porém, qual fosse a disposição da lei as aguas accumuladas pelas chuvas no predio superior despenhar-se-hião para o inferior em busca do escoamento natural.

Carecem, pois, de procedencia as criticas de Zacharias, Toullier, Demante e outros, e, como diz Demolombe, a differença entre as

servidões naturais e legais deve ser reconhecida como fundada em uma exacta observação dos factos. (Demol. n. 17).

O dizer-se que a realidade das servidões naturais provém do reconhecimento da lei, applica-se, por menos que se reflecta, ás servidões convencionais.

Supprime-se n'estas o reconhecimento da lei, que lhes imprime o caracter de *onus real*, e apenas por força da convenção que as houvesse creado, subsistiria um direito pessoal entre as partes contractantes.

99. — Quanto ao segundo ponto de duvida, não são aceitaveis sem critica as opiniões de Demolombe, Moulon e outros que negão em absoluto a todas as limitações de propriedade que o Codigo francez comprehendeo na classe das servidões naturais, o cunho de verdadeiras servidões.

A classificação do Codigo francez é correcta.

A noção das servidões, que faz comprehender nellas toda a desagregação de uma faculdade dominical, a qual tanto se póde operar pela natureza como pela lei como pela convenção, ou outro qualquer acto do homem é, no fundo, de uma procedencia incontestavel. E' a noção defendida por Merlin e Toullier.

Dizer que as servidões naturais e legais são os delineamentos do dominio legal, do direito de propriedade tal como o estabelece a lei, com as restricções, com as limitações que exigem o estado social e a coexistencia dos dominios, é affirmar uma verdade, que, porém, comprehende igualmente as servidões oriundas do facto do homem, que outro intuito não visão senão esse.

100. — Para dar á sua opinião o apoio da tradição romana. Demolombe faz violencia ao § 22 da Lei 1.^a de Digesto de aqua et acquæ pluviæ arcendæ, pretendendo que Ulpiano não reconhece alli a servidão

natural de escoamento das águas, apesar de usar elle das seguintes expressões:

Sed et si vicinus opus tolleat, et subia to eo aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat: Labeo existimat aquæ pliviæ arcendæ agi non posse: SEMPER ENIM HANC ESSE SERVITUTEM INFERIOREM, UT NATURA PROFLUENTEM AQUAM EXCIPIANT.

101. — Não é mais feliz Demolombe na referencia á opinião de Vinnius, que não affirma, no lugar citado pelo grande trasladista francez, que o D. R. desconhecesse as servidões naturaes.

As expressões: *contraria sunt quippe libertas et servitus*, emprega-as elle a proposito da classificação da servidão: — *altius non tollendi*, ponto controvertido no D. R., como se vê das seguintes expressões, que aliás, em nada apadrinhão o sentir de Demolombe:

Nam si cuivis liceat ædes suas extollere, idque naturaliter et jure libertatis rei suæ: ut nulla in eam rem opus sit constitutione servitutis prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi? Hoc enim nullan videtur habere rationem: contraria quippe sunt libertas et servitus. Et si non licere altius tollere, servitutis est; licere altius tollere libertatis erit. Et tamen negari non potest, quin veteres non minus jus altius tollendi quam non tollendi inter servitutes retulerint &. (Comment ás Instit. de serv. urban., n. 6).

102. — Não pretendemos, com o que levamos dito, assegurar que todos os factos que o Codigo francez comprehendeo nos arts. 640 a 648 na classificação de servidões que derivão da situação dos lugares sejam verdadeiras servidões. Estamos longe disso.

De perfeito accordo, neste ponto com Demolombe (n. 8) e Laurent (Droit Civ. Intern., vol. 7, n. 305 e segs.) entendemos que muitos desses factos não são servidões. Neste numero estão os referidos nos arts. 641, 643, 644, 646 e 647.

No art. 640 menciona-se, porém, uma servidão reconhecida, como tal, já no D. R. e consagrada em todos os codigos modernos.

103. — Quanto ao direito constituido, o Cod. Civ. franc. não tratou desses *delineamentos* da propriedade (como os chama Demolombe) nos arts. 544 e seguintes e veio incluí-los no título das servidões, no que foi imitado por todos os Codigos posteriores, ainda pelos que não reconhecerão as servidões naturaes, senão como classificadas entre os legaes (Cod. Italiano, art. 536 e segs.; Cod. do Uruguay, arts. 520 e segs.), sem duvida por considerarem os J. C. S. que o confeccionarão, que o facto de ser o dono de um predio obrigado a supportar em seus terrenos o escoamento das aguas de outro predio é tanto uma *servidão*, um *onus* ao seu direito, uma *excepção á regra geral*, si fôr essa obrigação proveniente de uma convenção entre os dois interessados, como da força das cousas, por achar-se um predio collocado de modo que o torne *inferior*, mais *baixo* que o outro. O estado de sujeição (assujettissement) de que falla Demolombe (n. 8) existe e de modo evidente.

104. — A questão não é destituida de interesse pratico: ao contrario, segundo o testemunho de Moulon (n. 1666), tem-se em França entendido que o escoamento natural das aguas não é servidão, tanto que as vendas de predios effectuadas com a clausula: *livre de todas as servidões*: não autorisa reclamação alguma por parte do adquirente, si elle encontrar o predio sujeito ao escoamento das aguas do predio superior.

Si tal pratica existe é força convir em que é derogatoria do direito escrito, pois, o art. 640 do Cod. francez contemplou o escoamento das aguas no numero das servidões.

105. — No nosso direito as servidões naturaes forão sempre reconhecidas (Corrêa Telles, Dig. Port., art. 445; Lobão, Aguas, § 41; C. da Rocha, § 590; Loureiro, § 490); comquanto alguns E. E. modernos as incluão entre as legaes (Lafayette, Dir. das Cousas, § 120, n. 1); não o fazem porque desconheção que independão aquellas destas, quanto á sua origem e caracteres distinctivos, mas sim porque o meio pratico de fazel-as valer juridicamente é o mesmo que torna effectivas as servidões legaes.

106. — Denominamos as servidões oriundas do facto humano — *voluntarias*.

Esta denominação, que o código do Chile consagrou em seu art. 831, é comprehensiva de todas as servidões daquela especie.

107. — As servidões que consistem, da parte do dominante, na pratica, de um acto sobre o predio serviente (por ex. tirar agua de um poço n'elle existente, passar em caminho feito em seus terrenos) e da parte do serviente na tolerancia d'esses actos, que são exercitação de direitos dominicaes, chamarão os escriptores — affirmativas, ou positivas — *quæ in patiando consistunt* (Molitor, n. 3; Cod., do Chile, art. 823; Cod. Venezuelano, art. 600).

As que acarretão ao serviente a prohibição da pratica dos actos que importão no exercicio de direitos dominicaes, dão-se o nome de servidões negativas: tal é a servidão *altius non tollendi*. (Savigny, Posse, § 49; Molitor, n. 3; Demol., n. 722; B. Carneiro, § 74, n. 3).

108. — A importancia desta classificação, já o fizemos sentir, revelava-se no D. R. e no antigo direito francez, n'aquisição da quasi-posse e consequentemente na iniciação do tempo para a prescripção aquisitiva.

A quasi-posse da servidão positiva adquiria-se com a pratica do acto a *titulo de direito*; (Savigny, loc. cit.) a da negativa adquiria-se sempre que o dominante conseguia firmar o seu direito em contestação judicial, com o serviente, e perdia-se desde que este levasse a effeito o acto prohibido.

109. — Estes principios consagrou-os o Código Civil Italiano no seu art. 631, no que não foi acompanhado pelos das outras nações, que á imitação do Cod. francez desprezarão a classificação das servidões em affirmativas e negativas (Cod. Port., Uruguay, Argentino &).

Sarsfield, nas suas notas ao Cod. Argentino, diz na com que illustrou o art. 7.º do tit. 12 do Liv. 3.º:

Los escritores de derecho, las leyes romanas y otros codigos, hacen otra division de lar servidumbres: en urbanas e rusticas, y eu affirmativas, o negativas, pero talles divisiones no presentau utilidad alguna, mi para lá legislacion, mi para la dotrina.

Esta opinião do illustre J. C. S. Argentino não nos parece fundada, em referencia ás servidões affirmativas e negativas, pelos efeitos salientes que ellas produzem em o caso da prescrição.

110. — Servidões reaes e pessoas.¹⁵

Firmada no D. R. L. 1.^a D. de servit., L. 15 eod.. &) aceita no direito portuguez (B. Carneiro, vol. 4, § 74, n. 6; Lobão Not. a Mello, vol. 3.º, pag. 437) esta classificação foi repudiada pelos codigos modernos que não a mencionarão, antes restringirão a noção das servidões ás que o D. R. denominava reaes.¹⁶ Entre nós os E. E. que ultimamente tem tratado

¹⁵ As servidões pessoas são alheias ao nosso plano de estudo. Fazemos d'ellas menção unicamente para não ficar incompleta a enumeração das classificações que se tem feito das servidões; tanto mais necessaria era, além disso a menção desta classificação, quanto é um dos seus membros a base e objecto do presente trabalho.

Alongamo-nos, talvez um pouco, na justificação da inclusão dos direitos de usufructo, uso e habitação no numero das servidões: inclusão aceita pela doutrina dos J. C. S. antigos e modernos, mas repudiada pelos Codigos que empregando uma verdadeira logomachia, não muito aceitavel, alias, em assumptos scientificos, classificarão taes desmembramentos do dominio, sob a denominação de modificações da propriedade (Cod. Ital.) deixando de incluil-os entre as servidões.

O Codigo Francez, que déo o exemplo d'esta exclusão, não teve, como na seguinte nota se verá, nenhuma rasão de ordem elevada, para assim proceder.

Não quizerão os J. C. S., que o confeccionarão, usar das palavras servidões em referencia ás pessoas!

¹⁶ Segundo o Cod. franc. as unicas servidões são as reaes as que o D. R. denominava pessoas constituem direitos reaes, desmembramentos do dominio, mas que não são servidões; falta-lhes o caracteristico: a utilidade prestada a um predio.

Os Codigos posteriores eceitárão este modo de ver e no direito moderno entende-se a noção da servidão com a restrição da do Codigo civil francez.

O Codigo Civil Italiano no Liv. 2º, tit. 3º, Cap. 2º, trata das servidões prediaes e no Capitulo 1º, do usufructo, do uso e da habitação apenas sob o titulo geral das modificações da propriedade.

Os Codigos ainda os mais recentes, como o Portuguez, (art. 2267) do Uruguay (art. 512), do Chili (art. 823), aceitarão esta noção. Faz apenas excepção o Codigo argentino

que nos artigos 31 e 42 reconhece expressamente a servidão pessoal, e aceita-a como uma modificação que não repugna á noção juridica da servidão.

Máo grado, porém, essa repulsa dos Codigos modernos pela classificação das servidões em reaes e pessoas, ella triumphou na doutrina o que é devido á impossibilidade de classificar de modo correcto os desmembramentos do dominio que constituem o usufructo, o uso e a habitação, desmembramentos que importão verdadeiras servidões; apenas o sujeito do direito é uma pessoa em vez de ser um predio. Este facto em nada pode alterar a noção do direito real, a menos que não se reconheça, como o D R a necessidade de uma *causa perpetua* para a existencia das servidões, o que aliás é repellido pelos doutrinadores modernos.

Os mais autorizados commentadores do Cod. Franc. aceitão a classificação das servidões em reaes e pessoas, como a unica perfeita, pois comprehende os desmembramentos de dominio que se operão em favor de pessoas.

São verdadeiras servidões, diz Demolombe, com a differença, que os direitos de fruição estabelecidos em proveito de pessoa determinada, são *servidões pessoas*, ao passo que as serventias territoriaes, estabelecidas em proveito de um immovel, de uma cousa, são servidões reaes.

(Trat. da distincç. dos bens, n. 211).

O usufructo é uma servidão imposta a uma cousa, em proveito de uma pessoa diversa do proprietario; comquánto o Codigo não lhe tenha dado essa denominação, a definição que dá o art. 578 revela-nos, todos os caracteres cons titutivos d'essa especie de direito.

(Demol. Servit., vol. 2º, n. 584.)

Conf: Mourlon, n. 1659; Zacarias, vol. 2º, tit. 3º, cap. 1º (Massé et Vergé); Emilee Accolas, Manuel de D. Civ. vol. 1º, pag. 606.

Os codificadores romanos tratarão, é verdade, dos direitos de usufructo, uso e habitação no titulo 7.º do Digesto e das servidões no titulo 8º.

Este argumento em favor da exclusão d'aquelles direitos da classificação das servidões, não tem procedencia:

Já porque, o titulo 8.º em que são tratadas as servidões inicia-o o celebre fragmento de Marciano: *Servitutes aut personarum sunt* & já porque, este facto bem longe de autorisar, como o supõe Molitor (Servit., n. 2), a crença de que os J. C. S. romanos ligavão ás servidões a noção da servidão real, leva a convicção de de que a separação dos titulos foi apenas realisada por motivo da methodosação, por não convir complicar com o estudo escabroso das servidões prediaes, as longas e pacientes minudencias que consagrarão ao estudo do usufructo, que por si so preenche sete titulos do livro 7º do Digesto.

A razão que Mourlon e Demolombe apresentam de não ter o Codigo civil Francez incluido no titulo das servidões o usufructo, o uso e a habitação e aceito a classificação das servidões em reaes e pessoas é esta:

Ces expressions (servitu les personnelles) ont paru dangereuses. *Quoique juridiquement exactes*, elles auraient pu rappeler le souvenir des institutions féodales et blesser la susceptibilité des hommes peu è elairés, qui, se méprenant sur leur sens veritable, y auraient vu peut-être, l'assujettissement d'une personne envers une autre. Les rédacteurs du Code, qui voulaient prevenir cette méprise, ont cru devoir e'carter les expressions qui auraient pu la faire naitre.

(Mourlon, n. 1659; Demol., distinct. des biens, n. 211).

Não foi, pois, uma rasão de direito que fez afastar no Cod. Francez, os direitos de usufructo, uso e habitação do titulo das servidões, onde um lugar lhes devia estar reservado sob a denominação de servidões pessoas.

"Le Code Napoléon, diz Laurent, ne prononce pas le mot de servitudes personnelles; il est cependant certain que l'usufruit, l'usage et l'habitation, sont des servitudes personnelles." (Droit. Civil Intern., vol. 7º, D. 332.)

do assumpto não a mencionão (Lafayette, Dir. das Cousas, vol. 1º, §§ 119 e 120) e a classificação não conserva outra importancia alem da historica.

Chamavão-se pessoas as servidões que se constituão em favor de uma pessoa; reais as que o são em favor de um predio: *Servitutes aut personarum sunt, ut usus, et usus fructus: aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum, et urbanorum*. (L. 1.ª D, de servit.; Savigny, Posse. § 44, 45 e 40; De Keller, Proc-Civ. entre os Romanos, pag. 251).

Sendo, segundo a noção moderna, a servidão o direito real constituída em favor de um predio, sobre outro predio pertencente a dono differente (Dir. das Cousas, § 414), achão-se afastados da categoria das servidões os direitos do usufructo, uso e habitação, que constituão no D. R., e formão ainda no direito que nos rege a classe das servidões pessoas.

111. — *Urbanas e Rurales*. São urbanas as servidões que se fixão na superficie; são rurais as que se radicão no solo. *Servitus praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt*. Esta é a noção romana das duas especies de servidões; (L. 3ª, D. de servit; L. 1ª, D. si serv. vind., L. 1ª pr. D. Comm. praed.; L. 198 e 211, D., de verb. signif.;

Os Codigos que guiarão-se pelo francez. e adoptarão a sua defeituosa classificação, não poderão, sequer apresentar a razão que produzem em defeza de seus legisladores os dois graves tratadistas francezes que citamos.

Tem cabido aos seus commontadores emendar esse erro. Apesar de igual lacuna do Codigo Italiano os seus tratadistas e commetadores mantem a classificação condemnada. "Le servitù sono limitazioni del diritto di proprietà, introdotte o a vantaggio di una data persona (servitù personali), o a vantaggio de un foudo, rustico od urbano, distinto da quello su cui gravita la servitù, e spettante a un differente proprietario (servitù prediali)." (Gabba, Retroattività delle legi, vol. 3º, Cap. 5º, § 2º).

A nossa insistencia sobre este ponto não leva o intuito de ver ampliado o numero das servidões, com mais este elemento das servidões pessoas.

Bem ao contrario, somos dos que entendem, que sómente uma durissima necessidade justifica essas retricções da propriedade: a coexistencia dos dominios privados. Aceitamos sobre este assumpto as idéas emittidas pelo J.C.S, Ihering, nas seguintes palavras:

Permettre au possesseur de vendre son bien á son gré, ne cause aucun prejudic á l'Etat; le bien ne fait quo changer de maitre, il reste, lui. ce qu'il était. Mais accorder, au propriétaire la faculté d'éluder une vente devenue necessaire en alienant des elements de valeur intellectuelle de son bien, en se procurant de l'argent par l'imposition de dimes, de rentes per petuelles, de charges, etc. sur sa chose, c'est lui donner le pouvoir d'enlever a la propriété ses effets bienfaisants pour la société, de l'enerver, de la tuer moralement. (Esprit du droit romain, trad. de Meulenaire, vol 2º, cap, 3º, § 38, pag. 223.)

Maynz, § 132; Molitor; n. 30 e 31; Accarias, n. 268; Mackeldey, § 321; Van-wetter, § 223, n. 2; Demolombe, n. 705), e é a verdadeira, pois que não leva, como a do art. 687 do Cod. Franc, ao absurdo de ser a mesma servidão, ora considerada como urbana, ora como rural. É devida esta má definição a estarem os codificadores francezes preocupados com a noção da servidão firmada segundo a natureza do predio dominante, o que é, com grande justiça, objecto da critica severa de Molitor (n. 30) e de outros jurisconsultos.

112. — Os codigos modernos deixarão de fazer menção d'esta classificação, que effectivamente não offerece hoje grande utilidade, porquanto a ella não estão ligados efeitos juridicos de grande alcance, os quaes prendem-se mais, em quanto ás condições de aquisição e perda das servidões á classificação das servidões em continuas e discontinuas, apparentes e não apparentes.¹⁷

¹⁷ O mesmo não se dava no D. R. onde o resultado pratico desta classificação era, para estes efeitos, de grande alcance.

É assim que em referencia ás servidões urbanas, *quæ in superficie consistunt*, a prescrição extinctiva não se operava pelo lapso do tempo, fazia-se preciso a existencia de uma *usucapio libertatis*, o que não se dava com as servidões ruraes, *quæ in solo consistunt*, que se extinguíam pelo non usus no tempo da prescrição, effeito hoje attribuido ás servidões que a glosa classificava em continuas e discontinuas. Eis o fundamento da doutrina romana:

Na lei 20 D. de servit. præd. urban. diz Paulo que as servidões urbanas *possessione retinentur*. E por isso que taes servidões consistem em um estado permanente de quasi-posse para o dominante como, por exemplo, nas servidões *tigni immittendi*, *oneris fœrendi* o que lhes valeo a denominação de servidões *habendi*; conclue-se que para o serviente libertar-se por prescrição, é preciso não só que decorra o tempo dessa prescrição, mas que elle esteja em posse da liberdade durante esse tempo; ora essa posse é que se não dava, porque o estado permanente é a quasi-posse da servidão pelo dominante; a tarefa do serviente era, pois, destruir essa quasi-posse por uma *usucapio libertatis*, isto é, pela mantença de um estado de liberdade durante o tempo necessario para a prescrição.

O mesmo se dava em referencia ás servidões urbanas negativas, que se denominão—*servitutis prohibendi*—em relação á posição do dominante.

Quanto ás servidões ruraes, que exigem por parte do dominante a pratica de actos distinctos e repetidos para o seu exercicio, a posição é, ao contrario do que se dá nas servidões urbanas, a de posse da liberdade: a consequencia é que o *non usus* da servidão por parte do dominante, basta para firmar a prescrição em favor do serviente, pois que o dominante não tem a posse continua da servidão—*non habet certam continuamque possessionem*, como diz Paulo na lei 14 D. de servit.

Outro effeito da classificação no D. R. revelava-se no modo de extincção da servidão—*rei interitu*.

113. — Alguns escriptores repellem a noção das servidões urbanas e ruraes que expuzemos, como devendo ser reconhecida unicamente em relação aos efeitos varios, que fazia della decorrer o D. R., efeitos que não lhes reconhece o direito moderno. Segundo a noção por elles proposta, como preferivel, são ruraes as servidões que se ligão aos predios rusticos e urbanas as que se ligão aos urbanos: por outra, são urbanas as servidões ligadas aos edificios, rusticas as que se exercitão em terrenos não edificadas. (Accarias, n. 269; Lobão, a Mello, Liv. 3º, tit. 13, § 1º, n. 10), A conclusão é que a servidão se classifica, sob este ponto de vista, segundo se acha ou não, occasionalmente ligada a um predio dessa natureza, e pode ser ora urbana ora rural (Accarias, loc. cit., Lobão, idem; B. Carneiro, vol. 4º, § 75, n. 2).

Foi nesta noção que se inspirou o Cod. francez (art. 687), e por isso tem a sua definição sido objecto de merecidas censuras por parte dos commentadores. (Demol., n. 705), por tornar inutil a classificação, por falta de efeitos praticos.

Quando tratarmos da extincção das servidões será occasião opportuna de dar maior desenvolvimento a este objecto. Algumas generalidades serão, por agora, sufficientes para dar a razão da classificação no D. R.

Si a servidão era das que *in solo consistunt*, o *rei interitu* não se podia dar a não ser pela transformação do dominio em que estiver o solo, isto é, si do dominio privado, passar para o publico; por ex: si o lugar da servidão, por um facto da natureza, passar a ser o leito de um rio.

Não se podendo dar o perecimento do sólo, qualquer outro facto que impedisse a servidão, apenas sustava o exercicio e, afastado o accidente, renascia a servidão.

Assim no caso de uma inundação ainda que perdurasse aguas que impedissem a servidão durante o tempo da prescrição, a servidão bem longe de extinguir-se, renascia cessado o obstaculo.

Se desaparecia, porém, o predio dominante?

Era o caso previsto na L. 20 § 2º Dig. de sorv, præd. urban., em referencia a uma servidão *stillicidii*.

O J. C. S. Paulo decide que si o edificio fôr reconstruido, guardada a antiga forma, de modo a que o exercicio da servidão não aggrave o predio serviente mais do que anteriormente, a servidão resurgirá com a reconstrucção do predio, o que importa dizer que a mina deste não extingue a servidão.

Esta solução não prevalece quando a interrupção do exercicio da servidão durou o tempo necessario para a prescrição e o predio serviente se teve, durante esse tempo, na posse da sua liberdade. (Molitor, Servit., n. 122 e 113; Accarias, n. 269).

Na occasião em que nos occupar o estudo dos modos e casos da extincção das servidões deduziremos a doutrina do direito moderno sobre este ponto, com os devidos desenvolvimentos.

114. — A noção de Paulo é muito mais perfeita:

Ratio: autem non patitur, ut eadem specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur, diz Vinnius (Inst. de servit., § 1º, n.1); ella imprime á classificação um character de permanencia mais de accordo com a sua razão scientifica.

Como classificar de urbana uma servidão, que um accidente pôde tornar rural, quando a natureza da servidão e o seu modo de exercicio nenhuma alteração soffrerão?

No presente estudo adoptamos a classificação romana.

115. — Segundo o seu modo de exercicio as servidões se podem classificar em:

a) Continuas e discontinuas.

b) Apparentes e não apparentes (Cod. civ. Franc., art. 688; cod. ital., art. 617 e 618; Cod. Port., art. 2270; Cod. Argentino, art. 6º, do Liv. 3º, tit. 12; Cod. do Uruguay, art. 513 e 514; Cod. do Chile, art. 822 e 824; Cod. de Venezuela, arts. 591 e 592).

116. — *Continuas e discontinuas.*

Dizem-se continuas as servidões, que, depois de constituidas, independem de facto humano, para seu exercicio.

Assim a servidão de aqueducto, depois de construido este a passagem da agua opera-se independente de acto algum da parte do dominante.

Segundo a melhor doutrina, hoje quasi universalmente aceita, não faz-se preciso que a servidão se exercite, independente de acto humano; basta que *possa exercitar-se*. Segundo as expressões

características de Coepolla, não é a continuidade actual e de facto (*actualiter*) que é exigida, é a possibilidade da continuidade (*potentialiter*).

Não deixa, conseguintemente, de ser continua a servidão de áqueducto, pelo facto de depender a passagem da agua de um registro ou de uma eclusa, que deva ser levantada todas as vezes que se intente utilizar a agua; assim como não prejudica a continuidade da servidão de luz o facto de ser necessario abrir a janella por onde ella deva penetrar na casa. (Demol., n. 707 e seg.; Pardessus, n. 28; Solon. serv. n. 8; Emilio Accolas, vol. 1º, pag. 712, Zachariæ, vol. 2º, § 333 e nota 4ª de Massé e Vergé; Corrêa Telles, Dig. Port., Liv. 3º, tit. 5, art. 441, B. Carneiro, Dir. Cif., vol. 4º, § 78, n. 35 nota; Dir. das Cousas, vol. 1º, § 119, n. 2).

O mesmo se deve dizer sempre que o acto humano intervier para por a servidão em estado de ser utilizada (Demol., n. 708); ou que o exercicio da servidão experimente em seus actos alguma interrupção, ou intermittencia, o que se dá, por exemplo, na servidão de esgoto das aguas pluvias, a qual sómente se exercita quando chove, o que não prejudica a sua continuidade — *quìa licet non exerceatur semper*, como diz Coepolla, *tamen semper apta est exerceri sine facto hominis*. (Pardessus, n. 28; Demol., n. 709 e 710; Mourlon, Repet. Ecrit., n. 1815 e 1816; Dias Ferreira, Comment. ao art. 2270).

117. — São discontinuas as servidões, que, para seo exercicio necessitam da intervenção de actos humanos, os quaes são os factos constitutivos de propria servidão. Assim a servidão de caminho não póde exercitar sem a passagem do senhor do predio dominante; a de tirada d'agua sem que se realise o facto de ir apanhar a agua á fonte ou cisterna. (Cod. franc, art. 688; Cod. Ital., art. 617; Cod. Port., art. 2270; § 2º; Cod. do Uruguay, art. 513; Cod. do Chile, art. 822; Cod. de Venezuela, art. 591; Cod. Argentino, art. 6º, Liv. 3º, tit. 12; Demol., n. 707; Solon, n 8; Pardessus, n. 28; Cattaneo e Borda, Annot. ao art. 617

do Cod. Ital., Molitor, n. 4; Murlon. n. 1814; C. da Rocha, § 589; Notas a Mello, vol. 3º Liv. 3º tit. 13, § 1º, n. 11).

No direito moderno é de grandes resultados praticos esta classificação, pelo effeito que produz em referencia á aquisição e extinção das servidões por meio da prescrição.¹⁸ No nosso direito não tem o mesmo alcance juridico esta classificação.

Em referencia á prescrição adquisitiva, propendemos para a amplitude do direito romano, que permittia a prescrição de todas as servidões (B. Carn., nota ao n. 35 do § 78), sem distinguir as continuas das discontinuas e as apparentes das que o não são.

118. — Apparentes e não apparentes.

São apparentes as servidões que tem signaes exteriores de sua existencia, como a servidão de vista que se revela pela existencia de uma janella, a de passagem d'agua por um aqueducto.

São não apparentes as que não tem signaes alguns exteriores, como a servidão *altius non tollendi*. (Cod. Argentino, liv. 3º, tit. 12, art. V; Cod. do Uruguay, art. 514; Pardessus, n. 28; Solon, n. 8; Emilio Accolas, pag. 712 do 1º vol.; Zacharias, § 333, n. 3; Cod. de Venezuela, art 592; Cod. do Chili, art. 824; Cod. Italiano, art. 618; Cattaneo e Borda, nota ao art. 618).

¹⁸A distincção das servidões em continuas de discontinuas não é, como pretendeu B. Carn. (Dir. Civil nota (a) ao n. 35 do § 78) uma *reprovada argucia romana*.

Os J. J. não mencionarão esta classificação, e nisto teve toda razão Demolombe (n. 706) apesar do contrario que na nota 2 ao art. 617 do Cod. Civ. Italiano, dizem Cattaneo e Borda. Na Lei 14, Digesto, *de servitutibus*, encontra-se, sim, o delineamento da servidão discontinua, mas dado accidentalmente, como um caracteristico das servidões ruraes:.... *vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem*.

Do facto de haverem estas expressões de Paulo chamado a attenção dos commentadores do direito romano, mormente dos infatigaveis e minuciosos pesquisadores, que constituíam a escola dos *glosadores*, para essa manifestação de continuidade ou não no exercicio das servidões *urbanas* a *ruraes*, não se pode concluir que os J. C. S. romanos fossem os autores da classificação.

A aceitação que os codigos modernos derão a esta classificação explica a inutilidade a que ficou condemnada a de servidões *urbanas* e *ruraes*.

A primeira assumio o papel que em referencia á prescrição cabia no D. R. á segunda.

119. — O Cod. Civil francez exige para caracterisar a servidão aparente a presença de *obras exteriores*, que revelem a existencia da servidão; ao passo que julga não aparente a servidão que não tiver *signal exterior* de sua existencia.

Estas expressões derão causa a duvidarem os commentadores si a apparencia devia caracterisar-se por alguma cousa mais do que o signal exterior da servidão.

Accordarão, afinal, em que as expressões *obras exteriores* e *signal exterior* são synonymas. (Demol., n. 714; Pardessus, n. 28; Massé e Vergé, nota 6^a ao § 333 de Zacharias; Dias Ferreira, comment. ao art. 2270 do Cod. Port.; Dir. das Cousas, § 110; c. da Rocha, § 589; Dig. Port., Liv., 3^o. lit. 5^o, art. 442),

Esta classificação, aceita por quasi todos os codigos modernos, é de incontestavel utilidade no nosso direito.

A prescrição acquisitiva da servidão realiza-se entre nós, pela quasi-posse durante dez annos entre presentes e 20 entre ausentes.

A revelação da *quasi-posse* é indispensavel; ora, esta revelação sómente se dá, de modo a não deixar duvidas, nas servidões apparentes.

O nosso direito não véda a prescrição acquisitiva das servidões não apparentes: ao criterio dos Tribunaes fica o reconhecel-a e admittil-a unicamente em face de uma prova concludente, a qual nem sempre será facil produzir.

120. — As servidões são protegidas em seu estado de direito e em seu estado de facto.

No estado de direito.

a) Quando o serviente ou terceiro, contesta o direito de servidão do dominante. (L 5^o, § 1^o D. si usufr. petet.; L. 6^o, §3^o, L. 10, §

1º, D. si serv. vindic.: L. 4ª, § 5, e L. 9, D. h. t.: Savigny, Poss., pag. 464; Molitor, Serv., n. 134).

b) Quando o serviente contesta, nas servidões reais, o domínio do predio dominante, ou a posse do senhor dominante, *animus domini*.

c) Quando é contestado o direito de exercitar de certo modo a servidão.

d) Quando é perturbada, ou impedida, a prática dos actos da servidão.

No estado de facto:

a) Quando o serviente contesta a quasi-posse do dominante.

b) Quando pelo serviente ou por terceiro, é perturbado o exercício da servidão.

121. — O estado de direito é protegido por uma acção que tem por fim obrigar o senhor do predio serviente a confessar o direito do dominante; é, por essa razão, denominada tal acção — CONFESSORIA: *De servitilibus in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit.* (L. 2, D. si servit. vindic; Mavnz, § 136; Mackeldey, 328; Molitor. n. 134; Accarias, n. 809; Demol., n. 937).

122. — Compete esta acção:

a) Ao senhor do predio dominante, nas servidões reais.

Hæc autem in rem actio confessoria nulli olī, quam dominò fundi, competit. (L. 1ª e 2ª D. si serv. vindic.; Maynz, § 136; Accarias, n. 810; Van-Wetter, § 246, n. 3; Molitor, n. 135; Dir., das Cousas, § 135; n.

2; B. Carneiro, § 82, n. 15; Demol. n. 958; C. da Rocha, § 602; Cod. Civ. Argent., Liv. 3º, tit. 9º, art. 41).¹⁹

b) Ao senhor da servidão, isto é, áquelle em favor de quem ella foi constituida, nas servidoes pesssoaes. Assim ao usufructuario, ao usuario & ²⁰ Molitor 134 e 135; Van-Wetter, §246, n. 1; Mavnz, § 136 e not. 7; Demol., n. 958; Pardessus, n. 332; B. Carneiro, § 82, n. 9; Doutr. das acç., § 56 e nota 179).

c) Ao emphyteuta. (Molitor, cit; B. Carneiro, § 82, n. 7; Van-Wetter, § 246, n. 1; Demol., n. 958; Maynz, § 136).

d) Ao possuidor *alieno nomine*, usando da acção em nome do dominante. E' assim que ella é utilisavel ao superficiario, ao credor anticretico. (L. 3ª, § 3, D. de operis novi nunciat.; L. 16, D. de servit.; Van-Wetter, § 246, n. 1; Maynz, loc. cit.).

123. — E' exercitavel contra o turbador do exercicio da servidão, quer seja:

a) O proprietario gravado. (L. 6 §§ 3 e 4. D. si serv. vind. Accarias, n. 810; Van-Wetter, § 256, n. 2; Molitor, n. 134; Maynz, § 136, not. 9; Demol.. n. 958; Pardessus, n. 331; B. Carn. § 82, n. 10; C. da Rocha, § 603).

b) O possuidor, ou qualquer detentor sem posse ou dominio (L. 10, § 1º, D., si serv. vindic. ibi: *Et generaliter, quicumque aquam ducere*

¹⁹ A denominação de *confessoria* que se dá á reinvidicação da servidão é oriunda do D. R., como se sabe

No direito moderno esta acção foi comprehendida na reinvidicação, a qual, por expressa disposição de alguns codigos estende-se a todos os direitos reais, no sentido restricto e não é unicamente applicavel á recuperação do dominio. (Cod. do Chili, art. 891; Cod. do Uruguay, art. 639, etc.)

²⁰ Pelo D. R. esta acção não provinha do direito civil, fundava-se no direito pretoriano, d'ahi o ser considerada uma *utilis actio*. O emphyteuta a possuía igualmente. O usufructuario não á podia usar quando se tratava de uma servidão activa do predio usufruido. (L. 16. D. de servit.; L. 3, § 3º e 9 D. de operis novi nunt., L. 1ª, § 9 de superfic. (Molitor, n. 134).

impediat, hac actione rum eo experiri potero (Ulpiano). Accarias, n. 810; B. Carn., § 82, n. 11; Dir. das Cousas, § 135, n.2).

c) Ainda contra o simulado possuidor, ou contra o que cessou de possuir por dolo. (L. 5^a § 1^o, L. 6^a, D. si usufr. pet.; Accarias, n. 810).

124. — O autor deve provar:

a) Antes de tudo o seu direito de servidão; a constituição regular d'ella extirpe de qualquer vicio. Sendo o dominio condição para a servidão predial, póde o senhor do dominante ser obrigado a provar o seo dominio, o que se deverá realizar sempre que o serviente o impugnar. Em tal emergencia o dominante terá antes de tudo de provar o seo direito de propriedade, prova que sómente poderá alcançar por meio de uma acção de reivindicação, si o impugnador de servidão achar-se na posse do predio dominante. (L. 16, D. de except., præscript., & Accarias, n. 811 e nota 1; B. Carn., § 82, n. 12, 13 e 15; Van-Wetter, § 246, n. 3; Dir. das Cousas, § 135; Maynz, § 136, notas 4 e 6).²¹

b) Deve em segundo lugar, o autor provar a lesão que soffrêo na servidão, podendo, segundo a eventualidade, recorrer á vistoria como a melhor prova, quando forem patentes os signaes de turbação. (B. Carneiro, § 82, n. 12).

125. — O effeito da acção confessoria, cuja procedencia fôr reconhecida, é uma sentença em que se estatue:

a) Sobre o estabelecimento e o reconhecimento da servidão. (Inst. de action. § 3^o; L. 5^a, pr. D. si usufr. petet.; L. 17, D. Comm. præd.: Leis, 2 provinc, 4, § 7^o, 8^o, § 4^o e 9^o. pr. si serv. vindic.; L. 35, D. emti.; L. 62, § 2^o, de eviction, & B. Carn., § 82, n. 30).

²¹ Alguns escriptores entendem que no direito moderno a acção confessoria é utilisavel com o character de Publiciana a qual por analogia as leis romanas havião extendido á reivindicação da servidão. (L. 11 § 1^o D. de Public, in ren action. e Lei 2^a, § 1^o, D. de serv. præd. rust. Assim está doutrinado no Dir. das Cousas, § 135, not. 5. E' acceitavel a doutrina em protecção do possuidor de boa fé, que se achar em face de um turbador que não tenha sobre o objecto serviente titulo algum, ou que o tenha vicioso.

b) Sobre a lesão sofrida e acautelando as futuras lesões, por meio da caução a que fica obrigado o réu. (Maynz, § 136, notas 13 e 14 onde se ilustra a doutrina com grande copia de textos; Van-Wetter, § 247, Dir das Cousas, § 135, n. 2; B. Carn., § 82, n. 28 e 29; Doutr. das Acç. § 56 n. 3).

c) Sobre a prestação de perdas e danos por parte do réu. (Maynz, loc. cit., Van-Wetter, § 267; Molitor, n. 135; Doutr. das Acç. § 56, nota 180).

126. — Esta acção póde ser intentada por qualquer dos condminos do predio dominante que se achar *pro indiviso*; (L. 23, § 3º, D. de servit, præd. rust.; L. 4, § 3º, 1). si serv. vind. L. 6 § 4º eod. ibi: *singulos dominis in solidum agere, sicut de cæteris servitutibus, excepto usufructus etc.*,) e contra qualquer condmino do serviente indiviso. (L., 4ª, § 4º e L. 19, D. si serv. vindic, L. 31, § 7, D. de negot gestis)

A sentença passada em julgado produz os seus efeitos em referencia a todos os condminos da parte vencida, quanto ao reconhecimento do direito de servidão. As condemnações pessoaes que ella contiver, não fazem obra senão contra os que forão partes no processo, é o sentido que os interpretes emprestão ás expressões: *sed in æstimationem id* e seguintes do § 3º da Lei 4, D. si serv. vindic. (Maynz, § 136, notas 4 e 9; Demol. n. 959 e 960; Pardessus, n, 334; Paula Baptista, Prat. Do Proc. Civ., § 188, nota 3ª).

Em contrario; *Griolet* (Autorité de la chose jugée, pag. 166 a 167).

127. — A repulsa das servidões com que se pretenda gravar o nosso predio opera-se pela acção negatoria.

Em sua substancia esta acção é, como o dizem Accarias e Maynz, uma reivindicação parcial. O seu fim é a vindicação da liberdade do predio, a sua expurgação dos onus reais que pretendão operar nelle.

desmembramentos de domínio. Esta vindica o predio com todos os seus onus reais; aquella expurga-os d'elles.

A sua propria denominação revela os intuitos que presidirão á sua admissão.

Os textos do D. R. conferem-n'a ao proprietario que nega a existencia da servidão — *domino qui negat*, diz Ulpiano (L 2. D. si serv. vindic.).

Como se vê, ella cura de uma hypothese á qual não se poderia applicar nenhum outro recurso judicial. A *reivindicatio* não podia operar fora de sua esphera propria, e muito menos ter como base uma negativa. Os remedios possessorios éráo de acção especial: não protegião o *dominus non possessor*. E' a *negatoria* a acção que, traz remedio ao caso. (Accarias, n. 810 e nota; Molitor, n. 136; Maynz, § 137 e nota).

128. — Considerando, porém, que esta acção não protege as servidões, mas ao contrario, ampara contra ellas o dominio livre, alguns escritores não fazem d'ella menção, quando estudão as servidões. (Van-Wetter, § 245; Dir. das Cousas, § 135 etc.)

Não é infundada a opinião, desde que se conheça a natureza de tal acção.

O nosso direito adoptou-a, seguindo o D. R., como o meio de repellir a servidão, que se affirma pela confessoria.

Os codigos modernos, (á excepção do da Republica Argentina) confiárão a defesa das servidões ás acções geraes que tem por base o dominio, da qual são elementos os actos e factos que são objectos das servidões.

Estudamos a acção negatoria, porque ella está acceita no nosso direito.

129. — A acção negatoria deve ser intentada pelo proprietário do predio a que se pretende impôr servidão; (Instit. de actionibus, § 2º; L. 2 D. si serv. vindic. e L. 4ª, § 7, eod.; L. 9 e 14 D. eodem.; Maynz, § 137; Accarias, n. 810. nota 3; Molitor, n. 133; Mackeldey, § 328, n. 2; Demol., n. 937; B, Carn., § 82, n. 18; Doutr. das Acç., § 58) contra aquelle que pretende exercitar sobre o referido predio qualquer servidão, ou dar maior ampliação, á que se achar constituida. (Accarias, n. 810, Molitor, n. 136; Doutr. das Acç., § 58 e nota 190; B. Carneiro, § 82, n. 17 e seg.; Mayns, § 137; Cod. Civ. Argentino, Liv., 3º, tit. 10, art. 45).

O autor na acção negatoria deve provar o seu dominio; basta, porém, essa prova; não lhe incumbe a da não existencia da servidão. Ao que allega o direito real cabe fornecel-a²² (Molitor, n. 137; Demol., n.

²² Foi ponto debatido entre os interpretes do D. R.

Opinárão uns pela necessidade de produzir o autor na negatoria sempre a prova de não existencia da servidão allegada pelo reo; outros que esta prova sómente fazia-se necessaria, quando o réo tivesse a *quasi-possessio servitutis*; outros, finalmente, que em caso algum a prova era devida por parte do autor e estes porque:

a) A servidão é uma limitação, uma restricção ao dominio e como tal exceptuando á plenitude do exercicio dos direitos dominicaes, deve ser provado, por quem a allega. (Molitor, n. 138; Mayns, § 137., pag. 834; Demolombe, n. 957. pag. 456).

b) A prova do dominio destrua o estado da posse de todo o predio, como não poderia destruir, a da posse de uma servidão existente no mesmo, servidão que é apenas um desmembramento do dominio. (Molitor e Demolombe, loc. cit).

c) Seria exigir o impossivel, impor ao autora prova da não existencia da servidão. Como saber o autor si tal servidão fora constituida por outro titulo, que não o da prescripção acquisitiva, unico modo de aquisição que se revelaria, pelo estado de posse que o precederia? (Demol., n. 957).

d) Carece de procedencia o argumento de Pardessus (n. 330) e outros, de que, no caso de posse dos actos da servidão, se o que acciona pela negatoria, não fosse obrigado a provar a liberdade do predio contra a posse patente de uma servidão apparente e continua, seria inutil, desprovida de effeito a posse, que a lei, aliás, protege com remedios possessorios. De feito, supponha-se a não existencia da posse dos actos da servidão e desaparece a razão da duvida. E' justamente porque ha quem esteja na posse de actos da servidão, que se quer saber si a prova do dominio, importa ou não a prova da liberdade do predio. Fóra do caso da posse—*tollitur questio*—porquanto a servidão deve ser provada como tendo sido adquirida por titulo regular. (Demol. n. 957; Mackeldey, § 328, n. 2). Tanto isto assim é, que Ulpiano, sómente no caso de posse, autorisou a opinião de ser o autor da acção negatoria obrigado a provar a isenção do predio. (L 8 § 8, D. si serv. vindic.); solução que autorisa tambem Africano na Lei 15. D. de operis novi nunciatione.

Os escriptores do direito Portuguez, anterior ao Codigo Civil, já haviam seguido esta opinião, como unica consentanea com os principios de direito. (B. Carneiro, § 82, n. 21 e 22 onde se apoia nos pareceres de Henecio, Strykio o Pegas).

O grandio J. C. S. Corrêa Telles accentuou-se bem, no sentido acima exposto, quando na Doutrina das Acções se exprime nos seguintes termos:

957; Accarias, n. 811; B. Carneiro, §82, n. 21 e 23; Maynz, § 137; Cod. Civ. Arg., Liv. 3º, tit. 10, art. 50; Doutr. das acções, § 58, nota 192; Lobão. Aguas, §250).

130. — O efeito da acção negatoria é ser o réo condenado:

a) A desistir da servidão, ou da ampliação que pretende dar á que tem.

b) Prestar caução de *non ampliús turbando* o livredominio do proprietario.

c) Reparar o damno que houver causado, indemnizando o proprietario dos prejuizos soffridos.

d) Reduzir as cousas ao antigo estado se já houvesse iniciado obras, para o exercicio da servidão impugnada. (Accarias, n. 812; Van-Wetter, § 247; Molitor, n. 136; Maynz, § 137; Doutrina das Acções, § 58 e notas; G. da Rocha, § 603).

Isto no caso de ser vencedor o proprietario:

Si, porem, o réo consegue provar a sua servidão é o autor condenado:

a) A respeitar a servidão; b) a indemnizar o réo; c) a não mais perturbal-o no exercicio da servidão. (L. 5, § 6º, si usufr. petetur; L. 7, D., si serv. vindic.; Accarias, n. 812; B. Carn., § 82, n. 26 e 30).

131. — O estado de facto, a posse das servidões (*juris quasi-possessio*) é, no nosso direito protegido pelos remedios possessorios.

"Não tendo o Réo POSSE *manutenivel* DA CHAMADA SERVIDÃO, é inutil ao Autor esta acção, podendo por sua propria autoridade desonerar-se."

Eis resolvida com maxima clareza a duvida que aos interpretes do D. R. causou tão porfiadas polemicas, o texto de Ulpiano, (L 8 § 3º, D. si serv. vindic).

Já tivemos ensejo (n. 57 e seg.) de expor os princípios capitais que regem essa protecção.

Pouco acrescentaremos agora ao que já deixamos dito; devemos, todavia, ainda com risco de insistir em matéria já elucidada, reproduzir os preceitos que, segundo a doutrina moderna, regem o assumpto.

132. — A quasi-posse das servidões póde ser objecto:

- a) De esbulho; nas servidões pessoais,
- b) De simples turbacção nas servidões pessoais e nas reais.

133. — Nas servidões pessoais a *quasi-posse* coincide com a posse do objecto. Assim o usufructuario tem a posse da coisa usufruida; si fôr della esbulhado, tem o uso do interdicto recuperatorio, da acção de força nova, para reaver a posse tirada.

Incontestada no D. R. (L. 3ª, §§ 13, 14 e 16, L. 9, § 1º, L. 10, D. de vi et vi armata; L. 12 § 2 e L. 60 princ. de usufr.; Vaticana fragmenta, 90, 91 e 93; L. 27, D. de donat.; L. 4, D., uti possidetis; L. 2 § 3º, D. de præcario; Savigny, Posse, § 45, edicç. de Rudorff, pag. 465; Molitor, n. 140; Maynz, § 138, pag. 836; Mackeldey, § 329, n. 1), porque a *dejectio*, condicção essencial para o uso do interdicto, dava-se do modo evidente. (Didier-Pailhé, n. 742 bis); ella foi aceita no nosso direito (Ord. do Liv. 4º, tit. 58 princ.; verbis: *ou de outra possessão*. Liv. 3º, tit. 78, § 3º; Lima, á Ord. do Liv. 4º, tit. 58 princ, n. 7, 8 e 9; Doutr. das Acç., § 85, n. 1).

Deve ser utilizada dentro de um anno do esbulho para ser exercida summariamente. (Ord. do Liv. 3º tit. 30, § 2º; tit. 48; Paula Baptista, §31); fóra d'esse tempo só póde ser intentada pelos meios ordinarios e denomina-se *acção de força velha*. (Ord. do Liv. 3º, tit. 48, § 1.; Pereira e Souza. not. 892; Doutr. das Acç. edicç. de Teix. de Fr., § 85; P. Baptista, § 31; Ramalho, Praxe, § 276, not. a).

Na acção de força não se permite a allegação de dominio, mas o assento de 16 de Fevereiro de 1786 segundo quesito, manda que não se julgue a posse contra aquelle em favor de quem se provou o dominio. Consequentemente, si o dominio fôr *in continenti provado*, vai esta prova influir na decisão do remedio possessorio. Isto é, a allegação e prova de dominio, é que vai decidir da prova da posse!

134. — A acção de manutenção, ou de força nova turbativa (interdicto *uti-possidetis*) é o remedio que tem o possuidor contra a turbação da posse:

a) Nas servidões pessoaes.

b) Nas servidões reaes.

135. — Nas primeiras a turbação equiparada á de qualquer outra posse repara-se pelo uso da acção de manutenção.

Esta intenta-se contra o turbador e n'ella pede-se a sua condemnação a: desistir da turbação; soffrer uma pena no caso de renovar-a e pagar as perdas e danos que se liquidarem. (Doutr. das Acções, edicç. cit., § 86, notas 414, 415 e 416; Paula Baptista, § 30, not. 2; Dir. das Cousas, § 19).

Para ser intentada esta acção é de necessidade que perdure a turbação, isto é, o acto violento que embaraça o exercicio da servidão. Estando passado o facto restará apenas ao turbado o recurso á acção por perdas e danos, para reparação do mal causado.

As servidões reaes serão protegidas em sua *quasi-posse* no D. R. por interdictos especiaes, quando pertencião ao numero das que Savigny (§ 46) define como as actuaes *positivas-discontinuas*; quando serão, porém, *positivas-continuas* ou *negativas*, o interdicto *uti possidetis* abrigava-as sob a sua acção no caso de turbação. (L. 8 § 5, D., si servit, vind.; Savigny, § 46, pag. 485, not. 1^a).

136. — No direito moderno, porém, as acções de força e manutenção protegem a posse das servidões reais em todos os casos; não existem entre nós as acções especiais do D. R. abolidas por todos os Códigos modernos. (Dir. das Causas, § 136).

137. — A acção de manutenção é facultada ao que se pretende proteger contra a turbação:

De uma servidão de trânsito a pé, a cavallo, ou de carro.

Da faculdade de concertar o caminho pelo qual se deve realizar esse trânsito. (Doutr. das Acç., edicç. cit. § 88; Theor. das Acç., § 228 e notas).

De uma servidão de aqueducto. (Doutr. das Acç., § 89; Theor. das Acç., § 229).

Da faculdade de reparar as obras de aqueducto. (Doutrina das Acç., § 90; Theor. das Acç., § 230).

Igualmente as servidões de *tirar agua*, de dar-a a beber ao gado &. (Doutr. das Acç. §§ 91 e 92; Theor. das Acç., § 231 e nota).

A acção protectora dos interdictos estende-se á pratica dos actos necessarios para bem se exercitar a servidão: assim a limpeza, ou o concerto do poço ou cisterna. (Doutr. das Acç., nota 427).

Cabe ao autor a prova da sua posse, dos actos turbativos e da epocha em que forão praticados. (P. Baptista, § 30).

A acção é summaria, si for intentaria dentro do anno e dia (Ord. do Liv. 3º, tit. 48, princ. e § 1º, P. Baptista, § 30; Doutr. das Acç. § 86, not. 721; Ramalho, Praxe, § 276, e nota).

O réo póde oppor:

Que a posse do autor é viciosa em relação á d'elle. (Theor. das Acç., § 224); que o autor já se deo por esbulhado, caso em que não se póde mais dar por simplesmente turbado; a prescrição da acção e a excepção de dominio provado *in-continenti*. (Assento de 16 de fevereiro de 1786, 2º quesito).²³

138. — O uso dos remedios possessorios para proteger a quasi-posse das servidões realisa-se no direito francez conforme as seguintes regras que firmão preceitos geraes, applicaveis a todos os casos de turbação ou de esbulho da quasi-posse.

²³ Este ponto não é liquido na doutrina, nem na jurisprudencia, apesar do assento. A allegação de dominio era vedada nas acções possessorias, ainda, como excepção (Ord. do Liv. 3º, tit. 40, § 2; Liv. 4º, tit. 58, prine.; Cordeiro, Dub. 46 n. 58; Accord. da Relação da Corte de de Outubro de 1878 o do S. T. de Just. de 11 de Fevereiro do 1874).

O Assento de 1786 estatuiu, no 2º quisito, quo não se julgue a posse em favor daquelle, aquem se mostre evidentemente que não pertence a propriedade.

Como impedir, no emtanto, a allegação de dominio, si a sua prova *in-continenti* vai decidir do possessorio?

O assento citado modificou a disposição do § inicial da Ord. do Liv. 4º, tit. 58. que apezar da prova do dominio mandava restituir a posse ate decisão do feito.

Embora attaque de frente toda a doutrina romana sobre a posse, aceita pela cit. Ord., a theoria do Assento é a mais consentanea com o espirito do direito moderno.

A opinião que se vê exarada em P. Baptista, § 30, nota 3, sómente tem procedencia no caso de um desmembramento do dominio, por ex.: no caso da servidão de usufructo, em que a prova do dominio dada *incontinenti* não poderia destruir a posse do usufructuario.

Forçar, porém, a recorrer a uma reivindicação o réo de uma acção de força que prova o dominio pleno, por titulo indiscutivel, é um verdadeiro attentado, tanto mais deploravel, quanto provem de um culto exagerado da forma.

A doutrina de Ihering (Protecç. Possessoria, §§ 6 e 11) que faz consistir o fundamento da protecção da posse em ser esta a exterioridade do dominio, o não fundar-se o uso dos interdictos em obrigações *ex delicto*, como o entenderão Savigny (Posse, § 6) o seus imitadores, resolve, sem sobresaltos da doutrina, a questão.

Si a posse é a revelação do dominio e si a sua protecção funda-se em que ella póde ser, e é o mais das vezes, a manifestação externa d'elle, provado o dominio, deixará de ter razão de ser o pleito sobre a posse.

E' irrecusavel esta conclusão; tudo o mais é procurar resistir á intuição clara das cousas.

No rigor do direito anterior no assento é de inteira exactidão o que diz o Sr. Lafayette na nota 11 ao § 22 do seu *Direito das Cousas*; o facto, porem, é que a prova do dominio illide o interdicto restitutorio por força da doutrina do Assento!

As disposições dos arts. 487 do Cod. Port., 923 do Cod. Chileno e 627 do Cod. do Uruguay consagrão o principio geral que a allegação do dominio não é cabivel na acção possessoria; mas o proprio art. do Cod. Chileno no 2º aliena excepçiona ao principio, desde que admitte a allegação de dominio *para comprovar la possession*.

Mais francamente protectora do estado de facto das servidões do que a nossa, a jurisprudência francesa admite, para protegê-la, o emprego dos interdictos *unde vi* e *uti-possites*.

Sob os nomes de *complainte* e *reintegrande* são utilizáveis as duas acções de *manutenção* e de *força* em referência à posse das coisas incorporáveis, doutrina, por certo, de mais amplos horizontes do que a que limita a protecção da quasi-posse aos casos de turbacão sob o falso pretexto de que a posse das coisas incorporáveis não é sujeita ao esbulho.

Quando a violacão do estado de posse limita-se a actos de turbacão, emprega-se em França a *complainte* (Solon, n. 547: Pardessus, n. 325 e seg.).

Nos casos em que o ataque à posse chegar até ao esbulho, é utilizável o interdicto recuperatório sob a denominação de *reintegrande* (Solon, n. 547 e Pardessus, n. 328).

O uso de qualquer destes recursos é sujeito, pelo art. 23 do Cod. Civil Francês, às seguintes e imprescindíveis condições:

- 1) Prática dos actos da servidão durante um anno.
- 2) Uso do remédio possessório dentro do anno da turbacão ou esbulho.
- 3) Quasi-posse não eivada do vício da precariedade.

Os dois primeiros requisitos não oferecem matéria para contestações.

O terceiro demanda esclarecimentos em sua applicação.

A' precariedade é, segundo o accordo geral dos escriptores francezes, o vício que embaraça a prescripcão ainda quando se trata da

posse das servidões continuas e apparentes, unicas adquiriveis por usucapião no direito francez. (Cod. Civ. art. 690).

Ora, a regra é que os interdictos são concedidos como remedios possessorios contra as violações da posse que conduz á usucapião. (Demol., n. 940).

Tratando-se, porém, de proteger a quasi-posse das servidões, o uso dos interdictos é ampliado ainda ás servidões imprescriptiveis (discontinuas e apparentes), comtanto que estejam isentos do vicio da precariedade, que alguns escritores julgão inherente á posse de taes servidões, por força do preceito do art. 691 do Cod. Civ. francez. (Pardessus, n. 325; Solon, n. 551; Demol., n. 943).

Todavia, do facto do citado artigo do Código francez permittir a aquisição de taes servidões por meio de um titulo, concluirão os commentadores que a posse das servidões, por discontinuas e não apparentes, póde autorizar o emprego dos interdictos quando fundar-se em titulo, pois, acha-se extirpado do vicio da precariedade. (Demol., n. 945; Solon, n. 553; Pardessus, n. 325, pag. 236 do 2º vol.). ainda quando tal titulo provenha a *non domino* (Solon, n. 553) solução esta impugnada por Demolombe (n. 951), mas geralmente aceita como a mais consentanea com o espirito do direito francez.

139. — Não é sómente pelo *titulo* que póde ser destruida a precariedade da posse. A confissão do direito de servidão por parte do serviente, provada pelos modos regulares, purga a posse desse vicio (Pardessus, pag. 237).

O reconhecimento da servidão pela lei opera o mesmo effeito.

Assim reputa-se limpa de precariedade a posse da servidão de caminho em favor daquelle que prova ser o seu predio encravado e sem sahida. (Pardessus, loc. cit.)

A posse de um anno, essencial no direito francez para o uso da acção de manutenção (*complainte*), não o é para a de força (*reintegrante*). (Pardessus, pag. 277 do 2.º vol.)

140. — A doutrina exposta tem merecido a consagração dos codigos posteriores ao francez.

O art. 490 do Cod. Civil Portuguez dispõe:

As acções mencionadas (possessorias) nos artigos antecedentes, não são applicaveis ás servidões continuas não apparentes, nem discontinuas, salvo fundando-se a posse em titulo provindo do proprietario do predio serviente, ou d'aquelles de quem este o houve."

141. — O art. 630 do Codice Civil Italiano reproduzindo as disposições do art. 691 do Cod. francez, autorisa as mesmas conclusões: a applicação da doutrina de Pardessus e dos outros doutrinadores francezes que acima expusemos dá-se no direito italiano sobre o uso das acções possessorias em referencia á quasi posse das servidões.

O Codice Civil do Chile (art. 917) e o do Uruguay (art. 621) recusarão á posse das servidões discontinuas e não apparentes a protecção dos interdictos.

As disposições dos arts. 2º e 3º do titulo 3º do liv. 3º do Codice Civil Argentino autorisam o emprego das acções possessorias ás servidões de qualquer especie desde que a sua quasi-posse se ache extreme do vicio da precariedade.

142. — Em todos os codigos que reconhecem a applicabilidade dos interdictos á quasi-posse das servidões, não é o uso limitado ás acções de manutenção.

As acções recuperatorias são utilisaveis sempre que o esbulho fôr juridicamente caracterisado.

Infelizmente não está ainda bem acentuada a tendência do direito moderno, para o uso das acções de manutenção, como recurso suficiente contra as aggressões á quasi-posse, como o suppõe o Sr. Lafayette. (Dir. das Cousas, § 136, n. 3).

Não ha, todavia, negar que as violencias á posse das servidões se resumem em mera turbação da posse do predio dominante: effectivamente, aquelle que destróe o aqueducto, ou que por meio de outro aqueducto encaminha a lugar diverso as aguas que servião ao predio, nada mais faz, do que turbar a posse do dominante, ao qual estava adstricta a servidão.

143. — *Nunciação de obra nova.*

Entre os remedios possessorios cuja acção protectora estende-se ás servidões, deve ser mencionada a nunciação da obra nova.

A affirmação de sua noção juridica e o delineamento dos caracteres que a distinguem das demais acções, e que a podem fazer classificar entre os remedios possessorios, ou dar-lhe direito a formar de per si uma especie singular entre os meios de exercicio do direito uma acção de indole excepcional, têm sido o tormento dos interpretes do D. R. desde os glosadores até hoje.

Da solução de uma questão capital depende a verdadeira noção desta acção.

144. — Resolvida no sentido affirmativo pelos Codigos modernos, a questão era ardua no D. R. e de summa importancia no nosso, que aceitou a *novi operis nunciato* daquelle direito, com muitas insignificantes alterações.

Occupando-se deste ponto tão controvertido no D. R., o notavel romanista Molitor, resume nos seguintes e precisos termos a solução que julga merecer a duvida:

Peut-on reconnaître dans cette dénonciation une action possessoire? Evidemment non; aucun interprète n'a jamais songé à la ranger parmi les actions possessoires; elle n'était autre chose qu'une opposition extra-judiciaire et provisoire, qui le dénonçant prenait l'engagement de justifier plus tard dans une instance au fond. Il est bien vrai que la dénonciation de nouvel œuvre pouvait se faire dans des cas où le dénonçant aurait pu recourir à l'interdit *uti-possedetis*, mais le dénonçant, par cela seul qu'il recourait à la dénonciation, reconnaissait son adversaire comme possesseur, et la dénonciation, bien loin d'être pour le dénonçant un moyen possessoire, avait au contraire pour effet d'attribuer les avantages de la possession au dénoncé, au maître des travaux. (Molitor, Posse, n. 116, i. fine).

145. — Está fóra do nosso plano de estudo o alongarmo-nos sobre este ponto doutrinal do D. R., comquanto seja de considerável importância no nosso; não podemos, todavia, passar sem algumas reflexões, sobre as proposições de Molitor, que nos parecem por demais absolutas, quando contesta peremptoriamente a qualidade de remédio possessório no D. R., á acção de nunciação de obra nova.

É certo que originando-se no D. R. da influência pretoriana na elaboração do direito civil, esta acção accentuava-se, entre aquelle povo, por caracteres que a isolavam dos outros interdictos, imprimindo-lhe uma feição especial, exigida pelas relações jurídicas que ella regulava e que, mais ou menos, conservou em todas as legislações por onde passou.

Não é sem procedencia a opinião de Molitor, que é também a de alguns commentadores de nota; o que nos parece é que casos havia no D. R., em que o uso da nunciação de obra nova, dava-se com perfeita identidade do dos remédios possessórios.

O direito moderno, como veremos, admittio, quasi sem discrepância, a acção de nunciação entre os remédios possessórios. Não alterando a essência de tal acção, antes guardando, salvas pequenas minudencias, as regras do D. R. em referencia aos preceitos reguladores de sua applicabilidade, offereceo um poderoso argumento em favor da opinião dos J. C. S. da Glosa, que encherão na acção referida um

interdicto possessório *sui generis*, e de uso especial para o caso em que a turbção offerecia um caracter de permanencia, qual o que resulta da turbção levada a effeito por meio da iniciação e proseguimento de uma obra, ou edificio, comquanto não chegue ella a completa terminação.

146. — O argumento capital em favor dos que negão, no Direito romano, o caracter de interdicto possessório á nunciação da obra nova é deduzida das disposições do § 6º da Lei 1ª e do § 10 da Lei 5ª, D. *de operis novi nunciatione*;

— *In operis autem novi nunciatione* (diz Ulpiano no primeiro dos textos citados) POSSESSOREM ADVERSARIUM *facimus*.

No § 10 da Lei 5ª repete o mesmo jurisconsulto o seu pensamento nos seguintes termos: *operis novi nunciatione* POSSESSOREM EUM FACIEMUS CUI NUNCIAVERIMUS.

Como se vê estes textos dão incontestavel ganho de causa aos que sustentão o que a regra no direito romano era a exclusão da *nunciação* de entre os meios possessorios.

O facto de declararem expressamente os textos citados que a *nunciação* torna o *nunciado* possuidor, parece tornar impossivel a insistencia na opinião contraria á de Molitor.

O remedio possessorio é para aquelle em favor de quem a lei reconhece uma posse regular, que leva á usucapião, e não é, por modo nenhum, utilisavel por aquelle contra o qual é reconhecida a posse: ora, os textos citados reconhecem a posse em favor do *nunciado*; a consequencia é facil de deduzir.

Convem, porém, reflectir, antes de tudo, que as expressões das leis citadas tanto podem significar, que se renunciou ao remedio possessorio, como diz Accarias (nota 1ª ao n. 810, pag. 992 do 2º vol.), como pôdem significar apenas que o onus da prova da posse transferio-se

excepcionalmente ao que é nunciante sob o fundamento de ser possuidor. Esta noção é mesmo mais consentanea com o facto de ser autorizado no D. R., o uso do remedio possessorio: a) quando a obra se realisava no predio do nunciante (L. 5^a cit. § 10), sem todavia condemnar-se a uso da *nunciatio novi operis* (L. e § citados), tornando assim identicos os effeitos juridicos das duas acções, quanto ao ponto principal da contenda; b) quando a construcção que se tenta fazer vem turbar a posse de uma servidão do nunciante, ou visa crear contra este um desses direitos reais. *Jus habet novum opus nunciandi, qui aut dominium, aut servitutem habet* (L. 1^a § 3^o D. de remissionibus).

Acresce que o facto de ser utilisavel o remedio possessorio (*quod vi aut clam*, ou *uti possidetis*) no caso do nunciado, resistindo á *nunciação*, commetter attentado e perseverar na obra: *Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat: æquissimum erit, interdicto adversus eum quod vi aut clam; aut uti possidetis uti* revella a pouca saliencia da linha separatoria das duas acções ás quaes Ulpiano na Lei 20 do mesmo titulo de *operis novi nunciatio* dá indistinctamente a denominação de *remedium*.²⁴

147. — Seja, todavia, como fôr, a verdade é que no direito moderno a nunciação da obra nova e considerada um remedio possessorio.

O Codigo Civil francez não fez menção da acção de nunciação de obra nova; a Lei de 25 de Maio de 1838, no art. 6^o § 1^o, não só trata

²⁴ Apesar das reflexões que suggerimos não deixamos de reconhecer que a acção de nunciação era tida no D. R. como especial para o caso da construcção das obras, mas não conclusão dellas, em terreno do nunciante ou do nunciado, sem o revestimento dos interdictos possessorios, os quaes entravão em scena, quando tornava-se impossivel a nunciação. (L. 1^a. § 1^o, e §§ 17 e 18, L. 5^a, §§ 2, 8, 9. 10, L. 8^a princ. D. de operis novi nunciatio; Maynz, § 283; Molitor, loc. cit.; Mackeldey, § 269).

E' necessario accentuar que a nunciação de obra nova teve, no D. R., por fim dar remedio justamente ao caso em que a violencia á servidão proviesse de uma construcção feita por um visinho em seu proprio terreno, sobre o qual nenhum direito e, consequentemente, nenhum recurso tinha o prejudicado. E' o que se deduz das palavras iniciaes da L. 1^a D. de *operis novi nunciatio*. Quando a construcção se realisava nos terrenos do prejudicado era o caso dos interdictos e até do desforço in continenti *per manum*, id est *lapilli ictum*, diz Ulp. no § 10 da Lei 5 do cit. tit.

d'ella como, reconhece-lhe o caracter de remedio possessorio (Pardessus, n. 327; Molitor, n. 121); exige, porém, como condição a posse annual. Fôra deste caso não lhe attribue os efeitos de um remedio que favorece e defende o estado de facto.

O Codigo Civil Italiano trata da nunciação de obra nova sob o tit. 5º do livro 2º, no qual trata tambem da posse e dos meios de protegê-la.

No artigo 698 elle dispõe sobre essa acção, logo após haver tratado nos arts. 696 e 697 do interdicto *unde vi*, sob a denominação de *reintegrazione*. Nos arts. 938 e 940 do Cod. do Processo Civil regulou elle a forma do procedimento a ter na realisação da acção.

Nos artigos 31 e 32 do tit. 4º do liv. 3º dispõe o cod. argentino:

Si la turbacion en la possession consistiese en obra nueva, que se comenzara a hacer en inmuebles del poseedor, ó en destruccion de las obras existentes, la accion posesoria será juzgada como accion de despojo.

Habrá turbacion de la posesion, cuando por uma obra nueva que se commenzara a hacer no inmuebles que no fuesen del poseedor, seno de la classe que fueren, la posesion de este sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva.

Art. 33. La accion posesoria en tal caso & &.

Como se vê o legislador argentino não deixou pairar duvidas sobre a natureza de tal acção.

Na nota illustrativa deste artigo o Sr. Sarsfield, apoiado nas opiniões de Zacharias, Merlin, Belime e outros, mostra que a questão sobre tal assumpto carecia de fundamento, e que no proprio direito romano a Lei 20 do Dig. de *operis novi nunciacione*, favorece, como entre outros o faz notar Troplong, a opinião de ser a nunciação de obra nova um interdicto possessorio.

Sob o título 14º, que se inscreve: DE ALGUNAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES trata o código civil chileno, nos arts. 930 e 931 da nunciação de obra nova, como um remédio possessório, no que é imitado pelos arts. 634 e 635 do cod. civ do Uruguay, e pelo cod. de Venezuela nos arts. 659 e segs.

148. — Para o direito portuguez das ordenações, que ainda hoje nos rege, passou a acção de obra nova com o character de verdadeiro interdicto possessório.

A ord. do Liv. 3º tit. 78, § 4º, trata da *nunciação* logo apoz o interdicto recuperatorio, ou acção de força espoliativa (§ 3º), e os seus commentadores e os doutrinadores que desenvolverão com maior amplitude a noção desse meio de direito, o sustentarão.

Silva que foi um dos que mais detidamente se occuparão com o § 4º da Ord. citada, é o mais explicito possível.

"Interdictum autem novi operis nuntiationis, seu facultas nuntiandi novum opus & & ", diz elle no comment. ao cit. §, n. 15.

Entre os modernos B. Carneiro (§ 56), Teixeira de Freitas (not. 3ª ao art. 934 do Consol. das Leis), Corrêa Telles, Doutr. das Acç. (not. 451, ao § 95, Edicç. de T. de Fr.) confirmão a opinião de Silva.

O que sobre este ponto affirma Paula Baptista na nota ao § 33 da sua *Theoria e Pratica do Processo*, é opinião singular e que não acha apoio nem na pratica dos nossos tribunaes nem nos actos do Poder Executivo, exercitando a sua attribuição constitucional de regulamentar as leis, como attesta a doutrinado aviso n. 201 de 19 de Outubro de 1874.

149. — O fim da nunciação de obra nova é unicamente impedir que se continue uma obra que o nunciante diz ser-lhe lesiva, até que se decida, pelos meios regulares de direito, si o nunciado tem ou não o direito de fazel-a. (L. 1ª, § 1º, D. de operis novi nuntiatione; Ord. do

Liv. 3º, tit. 78, § 4º; Maynz, § 283, not. 50; Molitor, Posse n. 116; Silva a Ord. do Liv. 3.º tit. 74, § 4º, n. 1 e 2; Consolid. das Leis Civis. art. 932 e notas; B. Carneiro, § 58, n. 1; Ramalho, Praxe, § 278; P. Baptista, § 33).

150. — Applica-se no nosso direito:

a) Quando a obra é construída no prédio do nunciado e traz como dano ao prédio do nunciante a turbação da posse de uma servidão, ou a lesão a um direito de servidão constituída por qualquer dos meios legais que já mencionamos. No primeiro caso a nunciação é um remédio possessório; no segundo ella inicia o uso dos meios reivindicatorios que a acção confessoria tem de levar a effeito.

b) No caso em que a construção é tentada no prédio do nunciante e consilue verdadeira invasão do dominio, ou leva como fito a constituição de uma servidão, ou o impedimento do exercicio de outra effectuada. Assim si o edificio é levantado sobre o caminho, por onde se exercitava a servidão de passagem; si a construção nunciada vai impôr ao prédio do nunciante a servidão de aguas, ou outra qualquer. O D. R. considerava este caso antes o do emprego dos outros meios possessorios, do que da nunciação de obra nova (Maynz, § 283, n. 2, nota 30, 31 e 32) razão pela qual Ulpiano aconselhava como preferivel, o uso do interdicto *quod vi aut clam* ou *uti possidetis*.²⁵

O uso d'estes interdictos não era arbitrario, como parece.

²⁵ E' esta a doutrina dos modernos interpretes do D. R.

A *nunciação de obra nova* foi medida creada, para o fim de proteger o direito da servidão, ou qualquer outro direito real, que fosse lesado pela edificação de um prédio que o visinho fizesse em seu proprio terreno.

Quando a construção se dava nos terrenos do reclamante as leis romanas offercião nos remedios possessorios, no desforço prompto (*per manum*, diz Ulpiano na L. 5, § 10 D. de *operis novi nunc.*) recurso energico o effcaz.

Quando, porém, a obra se realisava no terreno alheio?

A dificuldade provinha da falta de direito, para impedir essa construção: foi este o effeito que o pretor conferio á nunciação do obra nova: a suspensão das obras encetadas. (Maynz § 283).

O primeiro sómente se empregava si a construcção se encetava: *vi*, fazendo violencia ao obstaculo, ou opposição opposta pelo senhor do predio; *clam* quando a *clandestinidade* havia existido na iniciação das obras.

A não se dar qualquer destes factos sómente o *interdicto uti possidetis* era utilisavel.

Estes principios se observão no direito portuguez das Ordd., quando tem applicação essas acções por estar concluida a obra. (Silv. a Ord. do Liv. 3º tit. 78, § 4º, ns. 14,12 e 13).

151. — No nosso direito, segundo o preceito do § 4º da Ord. do Liv. 3º tit. 78, a nunciação da obra nova (decretada exclusivamente á protecção das servidões, comquanto os commentadores a ampliassem á protecção geral do immovel, comprehendendo o direito de superficie) autorisa o embargo symbolico *per jactum lapillis*, como meio prompto e de facil utilisação pelo prejudicado.

Fundado na Lei cit. do Dig. (5º § 10 de *nov. oper. nunc.*) e aceita pelos commentadores da Ord. (Silv. á Ord. cit., n. 4, 5 e 6; Pegs á Ord. do Liv. 1º, tit. 68, § 23, n. 12;) cahio em inteiro desuso, apesar do que se lê no art. 933 da Consolid. das Leis e respectiva nota, e os mais conceituados tratadistas do nosso direito (como B. Carneiro, § 61) mencionão apenas a nunciação judicial como a unica das suppostas trez formas de que falla Silva, (no Comment. cit. n. 4) onde sem critica reproduzio o que ensinavão os interpretes do direito romano.²⁶

²⁶ Os romanistas modernos não vêem no supposto embargo *per jactum lapilli* uma forma da *nuntiatio realis* dos antigos interpretes.

Para elles a *nunciação* caracterizada no D. R. sómente se dava em referencia ás obras construidas no predio do nunciado.

O *jactum lapilli* entendido como meio de embargo nada mais é do que o resultado de um erro de interpretação.

Do proprio § 10 da Lei 5ª de *operi novi nunc.*, tantas vezes citada, se deduz que o uso d'esse remedio era para o caso em que as obras se construíão no predio do nunciante.

N'elle accentúa-se a noção de um desforço contra a violencia irrogada a posse; não consistia o recurso em atirar uma pequena pedra contra a obra; nada d'isso; tratava-se

152. — A única forma regular de exercitar a nunciação de obra nova é a judicial, o seu processo é summario (Ramalho, Praxe, § 280; Doutr. das Acções. Edicção de T. de Fr., § 95, nota 458; Pereira e Souza, nota 1019; Vanguerve. Prática Jud. Cap. 16, ns. 10 e seg.; Dir. vol. 4º, pag. 712 (accordão e vol. 1º, pag. 426).

A sentença é appellavel, com a especialidade de ser esse recurso recebido nos efeitos regulares, e não sómente no devolutivo, como o devêra ser pela natureza da causa (Accordão da Rel. da Côrte de 21 de Outubro de 1873 e de 24 de Abril de 1874. Comp. os E. E. citados supra).

Os juizes municipaes (nas comarcas geraes) e os de direito (nas comarcas especiaes) são os competentes, para o processo da acção. (Arts. 23 e 24 da Lei n. 2033 de 1871 e arts. 64 e 66 do Decr. n. 4824 do mesmo anno); em caso nenhum o são os juizes de Paz. (Av. n. 461 de 29 de Outubro de 1874).

153. — O J. C. S. Ulpiano caracterisava nos seguintes termos o uso da nunciação de obra nova: *Nunciatio fit, aut juris nostri conservandi causa, aut damni depellendi, aut publici juris tuendi gratia* (L. 1ª § 16, D. de operis novi nunc.)

Esta enumeração de casos de uso da nunciação de obra nova é ainda aceita pelos modernos interpretes, e mórmente pelos escritores do nosso direito.

E' assim que se justifica o uso da nunciação:

a) Nos casos de defesa da servidão e repulsa da aggressão á posse ou dominio de um terreno, ou ao simples direito real, como a superficie; do que já tivemos ensejo de nos occupar.

de acto de caracterisada energia: o prejudicado suppunha-se exercitar um desforço, destruindo a obra encetada, ou ao menos desagregando della uma pequena pedra (lapilli). — E' a moderna interpretação de Maynz, § 283, nota 31), em contrario aliás á opinião de Cujacio.

b) Quando a obra nova é construída em terreno público, como o de marinha, o logradouro das margens dos rios navegáveis & &.

154. — As condições pela praxe geralmente exigidas para o uso da nunciação são:

a) Que a turbação da posse do direito real (especialmente da servidão, como o fizemos sentir) se realize por meio de uma obra encetada, mas não concluída. Convém notar que a simples reunião de materiais não autoriza o emprego da acção. A opinião contrária é insustentável. (Doutr. das Acç., edicç, cit.; not. 388; B. Carneiro, § 58, n. 5; Pereira e Souza, not. 1019; Maynz, §283).²⁷

b) Que a obra seja nova, e não reedificação da antiga, na qual se conserve a forma. *Opus novum facere videtur qui aut ædificando aut detrahendo aliquid pristinam fatiem operis mutat.* (L. 1ª, § 11, D. de operis novi nunc; Ord. do Liv. 1º, tit. 68, § 29; Silva á Ord. do Liv. 3º, tit. 78 § 4º, ns. 16 e 17; Maynz, § 283).

c) Que o embargo não tenha por fundamento; o tolher a obra nova a vista do mar e a luz. (Ord. do Liv. 1º, tit. 68 § 24, Assento de 2 de Março de 1786, que declarou inapplicavel a Constituição Zenoniana desde o Decr. de 12 de Junho de 1758).

d) Quando se trata de construcções ligadas ao sólo, ou de demolições de obra: *quæ solo conjuncta sunt, quorum ædificatio, vel demolitio videtur opus novum continere* (L 1ª cit. § 12; Silva á Ord. cit. n. 3; B. Carn. § 58, n. 4).

²⁷ Se a obra se achar concluída não será o caso de utilizar-se o prejudicado da nunciação da obra nova, mas sim do interdicto *quod vi aut clam* ou do *uti possidetis*. No nosso direito usa-se da acção de *manutenção de posse* sobre a denominação de *acção demolitória*, si o prejudicado quizer reclamar contra a obra já concluída. Si quizer obter a destruição da obra levada a effeito apesar do embargo, o remedio é usar dos artigos de attentado. Esta é a verdadeira sancção da acção de obra nova. (Doutr das Acç., edicç. cit., notas 388 e 389; Silva á Ord. cit. ns. 10, 11 e 12).

e) É utilisavel contra as obras publicas, nos mesmos casos em que o é contra as particulares (L. 3 pr. e § 4, D. L. 1.; Silv. ad ord. cit., n. 31), e o competente para o conceder é sempre o poder judiciario, ainda em predio que se está construindo por ordem do presidente da provincia. (Av. de 10 de Maio de 1876; Resolução de Consulta do Conselho de Estado (Secção de Justiça) de 3 de Maio de 1876).

f) Póde ser empregada contra toda a obra, ou apenas contra parte d'ella, especificando-se no embargo a parte contra a qual se dirige a nunciação. (L. 5. § 15 D. de operis novi nunciat.; Silv. loc. cit., n. 2; B. Carneiro, § 58, n. 11).

155. — A acção de nunciação de obra nova póde ser exercitada:

a) Por aquelle que é prejudicado em seu direito de servidão, ou na posse d'esta; em seus direitos dominicaes, ou em quaesquer direitos reais, como: a emphyteuse, a superficie, o penhor anti-chretico. (L. 1ª, D. de operis nov. nunc. § 19; L. 3º. § 3º; L. 9ª; Silv. Á Ord. cit. n. 18, 19 e 20; B. Carn., § 59, n. 1; Maynz, § 283, pag. 529 notas 44, 45 e 46).

b) Aquelles que *alieno nomine* possuem, podem usar do embargo em nome daquelle, por quem tem a posse. Assim: o colono, o inquilino, o rendeiro, quando o proprietario está, por qualquer circumstancia (a ausencia, por ex. impossibilitado de fazel-o. (Silva á Ord. cil., ns. 24 e 25; B. Carn., § 59, n. 5 e 6; Lei 1ª § 3º D. de operis novi nunc.)

c) O socio não póde *denunciar* contra o outro socio; mas sim usar da *acção communi dividundo* (L. 5ª. D. h. t. §§ 1º e 2º; B. Carn., § 50, n. 2; Doutr. das Acç., edic. Teixeira de Freitas, nota 453).

d) Si a obra houver sido feita por terceiro em prejuizo da servidão de um predio commum, a nunciação deve ser feita em nome de todos os condominos: *...quia, diz Ulpiano, el fieri potest ut nunciatorum*

alter habeat, alter non habeat jus prohibendi. (L. 5^a, § 6^o, D. h. t., B. Carneiro, § 59, n. 3).

e) O usufrutuário, que possui em nome alheio, não pode nunciar obra alguma senão em nome do dono do prédio usufruído. (L. 1^a, § 20, D. h. t.; Silva A Ord. cit. n. 28).

156. — É exercitável a nunciação, como remédio possessório que é, e de efeito expedito, contra aquele que faz a turbação por meio da construção, isto é, o dono da obra; para produzir o efeito de suspender os trabalhos pode ella ser dirigida aos operários, a qualquer possuidor da obra, á mulher, ao filho e ao famulo. Si estes individuos não communicarem a nunciação ao dono da obra, não será ignorância que por este facto, e com tal fundamento allegar o nunciado, motivo para inquirir de nullidade a acção, pois esta dirige-se ainda contra os que a ignorão; o facto substancial é a existencia da obra. (L. 5^a, § 3^o. D. h. tit.) — Potest autem quis nunciare etiam ignorans, quod opus fieret. (L. 1^a. § 8^o. D. h. t.; Silva, á Ord. cit. n. 33; B. Carneiro, § 59, n. 9, 10, 12, 13; . *Et adversus absentes etiam, et invitos, et ignorantes operis, novi nunciatio procedit.*

O réo na acção de nunciação pode defender-se com estes fundamentos:

a) Incompetencia do nunciante (Doutr. das Acç.. § 95).

b) Que a obra é apenas concerto ou reedificação da antiga, guardada a mesma forma (Lei 1^a, §§ 11 e 12. D. h. t.;, (Doutr. das Acç, § 95, n. 2.; Ord. do Liv.1^o, Tit. 68, § 29).

c) Que a obra estava concluída quando foi embargada; pois, neste caso, deve o A. usar da acção demolitória. Doutr. das Acç., § 95, n. 4).

d) Que a servidão está constituída ha mais de anno e dia, ou que ha mais de trez mezes que o A. não falla a acção de nunciação; caso em que prescreve a acção. (Ord. do Liv. 1^o, tit. 68, § 42; B. Carneiro, §

61, n. 17; Ribas, Consolid. das Leis do Proc. Civ., art. 677; Doutr. das Acç., § 95, n. 5, nota 457, Edicç. Teix. de Freitas).

157. — A nunciação de obra nova é utilisavel em protecção ás servidões dos predios rusticos, ou sómente ás dos urbanos?

Mencionamos esta questão apenas, para dar a conhecer um ponto de duvida, entre os interpretes do D. R. e antigos doutrinadores do D. Portuguez.

Não offerece interesse na actualidade a elucidação dos fundamentos offerecidos por uma e outra parte: o ponto liquido é que a nunciação de obra nova é applicavel quer ás obras que se fazem nas cidades, e que lesão as servidões urbanas, quer ás que são edificadas no campo, em detrimento das servidões ruraes.

Outra não póde ser a mente do § 14 da Lei 1^a do Dig. de operis novi nunciatione: *Sive autem intra oppida, sive extra oppida in villis vel agris opus novum fiat*, NUNCIATIO EX HOC EDICTO LOCUM HABET. (Doutr. da Acç. § 95, nota 450; B. Carneiro, § 58, n. 10; Lobão, Interdictos, § 128).

A opinião em contrario de Ramalho, comquanto apoiada em Reinico'as de credito, não tem a sancção da jurisprudencia dos tribunaes e da pratica do fòro.

158. — O nunciado póde ter confiança no direito que lhe assiste, e a nunciação póde ser cavillosa.

Para garantir o primeiro contra o damno irreparavel que poderia provir-lhe do impedimento das obras, concedeo-lhe a lei a faculdade de prestar caução, para obter a concessão de proseguir na obra.

E' n'isto que consiste a chamada *caução de opere demoliendo*.

Por ella o nunciado compromette-se a demolir á expensas proprias tudo o que acrescentar á obra embargada, no caso de ser elle vencido na acção de nunciação.

Segundo a Lei unica Cod. *novi operis nunciatione* que a regulou no D. R., de onde passou para a nossa legislação autorisada pela Lei de 24 de Julho de 1713, § 14, ella é concedida quando a obra não se conclue dentro de trez mezes da sua iniciação. (B. Carneiro, § 62, n. 8; Dourt., das Acç., nota 457; Ramalho, § 282); deve sê-lo pelo mesmo juiz do feito, e paga de sello da provisão. 40\$000. Decr. n. 8946 de 19 de Maio de 1883, § 4.º n. 15 da Tabella B).

Para a concessão dessa provisão deve o juiz proceder ás diligencias necessarias, para averiguar da razão que assiste ao nunciado, que póde ser levado a requerer a prestação da caução, para ganhar tempo, e dificultar mais tarde a posição do nunciante, ante uma obra já concluida.

Do despacho que ordena as diligencias necessarias não cabe appellação, estando pendente a decisão do attentado, Acc. da Rel. da Côrte de 15 de Março de 1875).

* * *

Da extincção das servidões

159. — A extinção das servidões tem lugar por qualquer dos seguintes factos:

a) Confusão.

b) Remissão.

c) Destruição, ruina ou desaparecimento do agente ou do paciente da servidão, ou mudança no estado dos lugares.

d) Resolução do direito dominical do serviente.

e) Prescrição extinctiva, por força do — *não-uso*.

160.— a) *Confusão*

Quando o domínio dos dois prédios: *dominante e serviente* reune-se em uma só pessoa, quer seja o proprietário de qualquer dos prédios, quer um terceiro, dá-se o que em direito chama-se: *Confusão*.

Como é fácil de concluir, a extinção do direito real (*jus in re aliena*), que constitui a servidão, é o resultado de tal facto: ninguém pôde ter servidão sobre a coisa própria, dizia o brocardo romano (*remini res sua servire volest*); desde que a *coisa alheia* passou a ser *própria* o direito real, que era desmembramento do domínio do serviente, confundiu-se no domínio amplo que sobre este adquiriu o senhor do dominante.

E' o que tem de especial o assumpto: a fracção de domínio, representada no direito real, volta ao domínio perfeito com a supressão do mesmo direito real. (Frag. 3º de Paulo; Instit. de usufruct. § 4º; L. 3. Cod. de usufr. et habitat. etc; L. 14. Cod. h. t.).

Esta doutrina, corrente no direito romano, foi aceita no direito moderno, modificando-se apenas para — *consolidação* — a denominação da confusão da servidão pessoal do usufructo. (L 4. D. usufr. quemad. Cav.; L. 10, D., Commun. præd.; L. 1ª. D. quemad. servit.; Cod. Civ. do Uruguay, art.605;Cod. Civ. do Chili, art. 883, n. 3; Cod. Civ. Argentino, Liv. 3º, tit, 12, art. 86; Cod. Civ. Port., art. 2279; Cod. Civ. Italiano art. 664; Cod. Civ. Franc, art 705).

161. — A dificuldade surgiu entre os interpretes do direito romano sobre esta questão:

Alienado um dos prédios, cuja reunião sob um mesmo domínio operou a confusão, a servidão renasce, o direito real revive, ou deve ser

considerado como definitivamente extinto, ainda no caso em que o predio que era serviente voltar ao dominio do antigo senhor?

Entendião alguns, apoiados nas leis 57 *D. de usufr.* e 35, *D. de bonis libertorum*, que quando a resolução do acto que operára a confusão, ou a causa de sua rescisão era concomitante com o proprio acto, ou nelle existente, a servidão revivia, isto: não só porque a rescisão do acto por fundamento legal, importa o restabelecimento das coisas no estado anterior; como porque as palavras de Papiniano no frag. citado são formaes: *remansisse fructus jus integrum ex post facto apparuit.* (L. 57 de usufr.)

A mesma solução se deve dar, quando a causa da resolução do acto, fôr anterior ao proprio acto. (Molitor n. 104).

Si, porém, a causa resolutoria fôr posterior ao acto, como por ex., a deliberação tomada pelo adquirente de vender qualquer das predios, a servidão longe de reviver reputa-se inteiramente extincta. E' o que se deve deduzir dos expressões de Paulo na L. 30, *D. de servit. præd. urban.*: *et si rursus vendere vult, nominatin imponenda servitus est alioquin liberæ veniunt*, e das que emprega Juliano na L. 7^a *D. de fundo dotali*, tratando da confusão que se opéra pela aquisição de um immovel dotal sujeito a servidão, para com um predio do marido. (Molitor. n. 105; Maynz, § 144, nota 13).

Os tratadistas modernos não repudiárão estas distincções dos interpretes do D. R., antes nellas insistirão como necessarias para fundamentarem as soluções aceitaveis em tal ponto de duvida.

Quatro são os fundamentos que Demolombe reconhece como autorisando a revivencia ou resurreição da servidão:

a) A annullação judicial e regular do titulo da aquisição, por força do qual operou-se a confusão. Como exemplo cita a annullação do

testamento que havia conferido ao proprietário do fundo serviente a propriedade do dominante. É o caso da L. 57 de usufr. supra cit.

b) Quando a resolução do acto (venda, doação, legado) opera-se pelo preenchimento de uma condição qualquer.

c) Quando o acto é rescindido por incapacidade das partes por vício do consentimento, ou outra causa procedente.

d) Quando o adquirente é privado do imóvel adquirido por força de uma evicção. (Demol. Serv. n. 984).

162. — Aceitos pela generalidade dos escritores que se occuparão mais detidamente do assumpto (Solon, n. 494 e 495; Pardessus, n. 300 e seg. vid. Laurent. Princ. de droit. civ., vol 8º, ns. 291 e seg.) (Dalloz, Verb. Serv. n. 1225.) e consagrados pelas disposições de alguns dos códigos mais modernos (Cod. Civ. Argentino, Liv. 3º, tit. 12, art. 87), comquanto, com a exigência da perduração dos signaes externos da servidão (Cod. Civ. do Chile, arts., 881 e 885, n. 3; Cod. Civ. do Uruguay, arts. 597 e 605, n. 1) estes principios não podem ser repudiados no nosso direito, e effectivamente são reproduzidos pelos nossos mais conceituados civilistas (B. Carneiro, § 81, n. 6; C. da Rocha, § 602, n. 1; Dir. das Cousas, § 134, n. 2, not. 3; Lobão, a Mello, tit. 13, § 3º, art. 5, n. 22. C. Telles, Doutr. das acç. edicç. cit., nota 185 ao § 56).

163. — Si a aquisição do predio serviente ou dominante se opera por parte divisa a servidão se extingue em referencia a essa parte; o contrario, porém, se dá se a aquisição se effectúa unicamente por parte *indivisa*: n'este caso a *confusão* não tem lugar. (L. 30, § 1º, D. de serv. proed. rust.)

A razão é que n'este segundo caso a servidão é conservada pelo condômino do serviente, o que é uma das mais salientes consequências da indivisibilidade das servidões.

164. — b) *Remissão*.

O senhor do predio dominante tem a faculdade de *dispensar* o senhor do serviente da prestação da serventia a que este é obrigado e que constituía a servidão real.

A essa *dispensa*, a essa *relevancia* do onus é que se chama: *remissão*. (Pardessus, n. 313; Solon, n. 518; Dalloz, verb. Serv. n. 1260 e seg.).

Os J. C. S. commentadores do direito romano a equiparão com justa razão ao *abandono*, á *derelictio*.

165. — Operada a *remissão* a servidão, o desmembramento do domínio, volta a este, que na frase de direito se *consolida*. (L. 2º, D., de Serv. præd.; L. 14. D. de servit.; Molitor, n. 117; Maynz, § 144, n. 1).

A remissão somente póde ser concedida por quem tiver a livre disposição de seus bens, e sem prejuizo de direitos de terceiro. (Demol. n. 1037; Pardessus, n. 314).

D'ahi o estar privado de conceder remissão de servidão o nú-proprietario em prejuizo do usufructuario ou do emphyteuta; e vice-versa. (L. 15, § 7º, D., de usufructu; Molitor, n. 117; Maynz, § 144; Demolombe, n. 1037; Pardessus, n. 314; Solon, n. 519.)

166. — Como consequencia do principio da indivisibilidade das servidões deve se observar que a remissão no caso de dominio do predio dominante deve ser feito por todos os condminos e em favor de todos os do serviente si este achar-se tambem *pro indiviso*. (L. 32, D., de servit. præd. urban; L. 34, D., de serv. præd. rust.).

A remissão da servidão feita por um só dos condminos do dominante só tem como effeitos: impedir que o concedente durante a indivisão possa reclamar o exercicio de servidão. (L. 11, D. de serv. præd. rust.); acarretar a cessação de servidão si por qualquer meio regular vier

a propriedade do dominante a concentrar-se unicamente no remitente. (Demolombe, n. 1038).

167. — A remissão pôde ser feita expressamente, por uma escritura publica, ou tacitamente.

A remissão tacita operava-se no D. R., segundo os melhores interpretes.

a) Quando o senhor do predio dominante consentia em que o serviente praticasse actos que tornassem impossivel o exercicio da servidão de passagem; elevando o edificio sobre o qual tinha a servidão *stillicidii etc.*

b) Quando, independente de consenso expresso, taes actos se consummassem sem que o dominante se oppusesse de qualquer maneira, ainda por uma *nuntiatio novi operis*.

Este ultimo ponto não é de todo liquido entre os commentadores. Os que opinão no sentido exposto, apoião-se na Lei 28. D. *Communi dividundo* tal qual a interpretou Voet. os que impugnão a doutrina de Voet, apoião-se na Lei 5.^a D. de *servit. præd. urban.*

A maioria dos escritores inclinou-se á opinião de Voet. (Molitor, n. 117, pag. 462; Accarias, n. 272; Maynz, § 144, nota 8).

168. — No direito moderno tem se entendido que: não se presumindo a renuncia de direitos, a remissão das servidões pôde ser operada tacitamente, comtanto, porém, que se revele de modo a não perdurar duvidas, e antes a poder ser provada a intenção do remitente.

E' assim que Demolombe, entre outros, doutrina, como sendo do rigor de direito que não basta que o senhor dominante haja assistido á construcção das obras, que impedem o exercicio da servidão, sem opposição de qualquer especie: é preciso que o proprietario serviente

prove que foi autorizado a praticar esses actos impeditores da servidão, pelo proprio dominante: (Demol. n. 1043), salvo o caso de haver o senhor dominante, não sómente assistido ás obras mas dirigido trabalhadores, etc. etc. (loc. cit.).

Pardessus opina que a não haver consentimento escrito para a construcção das obras que embaraço a servidão, esta sómente se póde reputar *remittida*, si decorrer depois das obras o tempo preciso para a prescripção extinctiva (n. 313). Em contrario Solon (n. 520). Segundo Laurent (Principes de Droit. civ., vol. 8º, n. 338) a remissão tacita depende de uma condição capital: que o facto de que ella resulta implique a intenção de renunciar de modo claro a não deixar duvidas, desde que estas existão não ha á renuncia.

O Cod. Civ. da Republica Argentina exige no art. 78 do Liv. 3º, tit. 12 que a autorisação do dominante ás obras feitas pelo serviente seja provada por escrito.

169. — As obras feitas pelo proprio senhor dominante em detrimento e impossibilitando o exercicio da servidão, devem ser aceitas, como indicativas de uma remissão por parte do mesmo dominante?

Demolombe opina que não, ainda que taes obras pareço ter um caracter permanente; e isto porque o senhor dominante póde destruil-as, ou mesmo modifical-as antes de decorrido o tempo para a prescripção; o que tornaria sem effeito a revelação externa da remissão (n. 1044) em contrario, e com melhor fundamento opina Laurent. (Obr. cit., n. 338), confere com esta opinião Arntz (Curso de Dir. Civ. franc. vol. 1º, n. 1212).

Si existirem duas servidões póde ser uma extincta pela remissão e a outra conservada, e mesmo do facto da remissão de uma d'ellas não se conclue a remissão da outra. (L. 20 D. de serv. præd. urb. L. 21, D. de serv præd. rusticor; Molitor n. 117; Demol., n. 1046, B; B. Carneiro, § 81, n. 4; Arntz, Curso de Dir. Civ. Franc, n. 1212).

170. — Do exposto evidencia-se que a remissão da servidão opera-se do modo sempre o mais explícito para não deixar pairar dúvidas sobre a intenção do remittente. Assim a remissão tacita deve constar de actos cuja pratica impossibilitem absolutamente o uso da servidão, se consistir em obras construídas pelo serviente, ou estas devem ser autorizadas pelo dominante, ou decorrer depois d'ellas o tempo de prescrição.

171. — A servidão se extinguiu também no D. R. pela *derelictio*, isto é, pelo abandono.

Não se tratava porém, do abandono do predio serviente, autorizado no direito moderno (art. 699 do Cod. Civ. fr.), para o caso de desejar o senhor serviente eximir-se á obrigação de fazer reparos e concertos, necessários para o exercicio da servidão: a *derelictio* era coisa diversa. Consistia no abandono da servidão, manifestando-se por parte do dominante em actos propositos e evidentes de não uso com o intuito de libertar o serviente do encargo.

D'ahi o equipararem-n'o os jurisconsultos á *remissão*; differenciavam-se em que esta dependia da aceitação do serviente e o abandono, não.

Por este facto opera-se pois, a consolidação do dominio, pela reunião a elle do elemento desmembrado e que constituia o direito real da servidão. (Veja-se: Molitor, n. 117; Maynz, § 144; Accarias, n. 272).

172. — O *abandono*, segundo a noção romana, comprehende-se no nosso direito na *remissão*. Dizemos, o *nosso direito*, porque entendemos que este deve acompanhar a doutrina moderna que considera como um dos modos da remissão aquelle que se opera por actos do dominante, que se revelão, por ex: construindo obras que impedem o exercicio da servidão, etc, factos constitutivos do abandono, segundo a doutrina romana.

173. — C) *Destruição ou ruína do predio dominante ou do serviente, ou transformação dos lugares.*

Este modo de extinção das servidões é o que o D. R. dizia operar-se — *rei interitu* — e que o direito moderno, com expressão mais comprehensiva dos diversos accidentes que podem affectar os immoveis, diz resultar — *da transformação dos lugares*. (Cod. Civ. fr. art. 703; Cod. Ital., art. 662 etc).

Os preceitos que regem a materia quer no direito moderno, quer no romano, levão á conclusão de que não é propriamente o perecimento da coisa que opera a extinção da servidão e sim o não uso desta pelo tempo necessario para a prescrição, não uso resultante do perecimento ou transformação da coisa.

174. — No direito romano os J. C. S. fazião a distincção entre o caso da servidão rural e da urbana, e em referencia a esta, ainda distinguão a hypothese do perecimento do predio dominante da do serviente.

Em qualquer dos casos, porém, dominava soberanamente a regra geral, aceita tambem no direito moderno: si o predio desaparecia por um cataclysmo, em virtude de um convulsionamento das leis da natureza: uma inundação, uma erupção volcanica etc., a servidão estava irremissivelmente perdida.

As distincções feitas no direito romano não tem applicação a este caso e sim ao de poder desaparecer o impedimento, ou modificar-se o estado de transformação de qualquer dos predios.

Em referencia ás servidões ruraes regem as leis seguintes:

Si locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quod si id tempus prætinerit, ut servitus amittatur, *renovare eam cogendus est*. (L. 14, D., quemad. serv. amit.)

Deve-se concluir deste texto:

a) Que a servidão de passagem suspende-se pelo impedimento accidental do exercício.

b) Que si este impedimento cessar, durante o tempo da prescrição, a servidão se restabelecerá, independente de qualquer acto dos interessados: — *servitus in pristinum statum restituitur*.

c) Si passar o tempo da prescrição, esta tem lugar com força extintiva; a servidão desaparecerá, e somente reviverá, si fôr renovada — *renovare eam cogendus est*.

Esta *renovação* da servidão nem sempre era possível.

Assim no caso exemplificado no texto supra da perda de uma servidão de passagem por ter sido o caminho invadido pelas águas; a servidão: — *neque in pristinum statum restitui posse* — si as águas, tendo permanecido, mudarem para o lugar do caminho o leito do rio, e isto porque: *is locus alvei publicus esse cæperit*. (L. 24, D., quibus modis usufr., vel usus amit.)

Na Lei 34, D. (§ 1º), de serv. præd. rust., propõe Papiniano a seguinte questão: — *Si fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, is qui post constitutum tempus AD SUAS VEXAS REDIERIT, AN aquæductus amissus erit quæritur?*

No fragmento seguinte (L. 35, D. eod.) dá Paulo a resposta nos seguintes termos:

Hi, qui ex fundo Sutrinum aquam ducere soliti sunt adierunt me, proposueruntque, aquam, qua per aliquot annos usi sunt, ex fonte, qui est in fundo Sutrinum, ducere non patuisse, quod fons exaruisset: et postea ex eo fonte aquam fluere cœpisse: petieruntque a me, ut, quod jus non negligentia aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restituere'ur: QUORUM MIHI POSTULATIO CUM NOM INIQUA VISI SIT, SUCURRENDUM HIS PUTAVI. Itaque quod jus

habuerunt tunc, cum primam ea aqua preevenire ad eos non patuit, id eis restitui placet.

A doutrina que os interpretes deduzirão destes textos é esta:

A servidão rural extingue-se quando a transformação do solo é completa e radical: (por exemplo, quando a água invadindo o lugar do caminho, transforma-o em leito de rio): fora deste modo ella suspendese e ainda que o impedimento dure além do tempo da prescrição a servidão pôde ser restabelecida (provada a não culpa do dominante), por força da máxima — *contra non valentem agere non currit prescriptio*. (Molitor, n. 112; Maynz, § 144, nota 19, 20 21; Massé et Vergé, sobre Zacharias, nota 2 ao § 341). Esta não é a opinião da generalidade dos E. E. francezes que entendem ser tal solução condemnada pela disposição do art. 704, do cod. francez. (Arntz, obr. cit., n. 1197; Laurent. obr. cit. n. 595).

Quanto as servidões urbanas distinguem os interpretes o caso de ser o predio serviente o que cahe em ruinas, do em que este facto acontece ao dominante.

A primeira hypothese é regida pela L 18, § 2.º, D. quemad. serv. amitt. que assim se exprime:

Si cum jus haberes immittendi, vicinus statuto tempore ædificatum non habuerit, i. leoque nec tu immittere poteris, non ideo magis servitutem amittes, qui non potest videri usucepisse vicinus tuus, libertatem ædium suarum, QUI JUS TUUM NON INTERPELLAVIT.

Deste texto concluem:

Que a destruição do muro ou predio sobre o qual existia o *jus tigni immittendi*, não faz findar a servidão e isto porque:

a) O dominante *não podia* exercê-la, isto é, não tinha onde exercê-la, porque o muro havia cahido, e carecia de acção para forçar o visinho a levantar o muro cahido.

b) O serviente não podia isentar-se do onus por meio da prescrição, por não ter a *usucapio libertatis*, que devia iniciar-se pela *interpellatio*; tal é o sentido das expressões; *qui jus tuum non interpellavit*.

c) Ainda, por conseguinte, que decorresse o tempo da prescrição (L. 13, Cod., de servit. et aqua) não prescrevia a servidão e não se libertava o serviente.

Si o predio destruído era o dominante regia o caso a L. 20 § 2.º D. de servit. proed. urbanorum:

Si sublatum sit ædificium, *diz Paulo*, ex quo stillicidium cadit, u' eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigitur idem intelligatur; nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur: et ideo sublato ædificio, usufructus interit, quamvis area pars est ædificii.

A doutrina deduzida deste fragmento é que se a casa dominante fôr reconstruída da mesma forma que o era a que se arruinou e dentro do tempo da prescrição, a servidão não perece, desde que não seja agravado o onus real: si, porém, houver decorrido o tempo da prescrição a servidão perde-se irremissivelmente.

175. — No nosso direito a doutrina aceita póde consubstanciar-se no seguinte principio:

A destruição do predio, ou a sua transformação de modo a impedir ou impossibilitar o exercicio da servidão extingue esta, se as cousas não forão restabelecidas de modo a poder exercitar o dominante os actos de servidão dentro do prazo da prescrição.

Esgotado o tempo nada mais póde fazer restabelecer a servidão, salvo a restituição *in integrum* nos casos em que é admittida. (B. Carn., § 81, n. 27 e 28; Lafayette, Dir. das Cousas, § 134, n. 3 e nota, C. da Rocha, § 602, n. 3)

176. — O Código Civil francês, regulou este assumpto nos arts. 703 e 704.

A transformação dos lugares, ao ponto de impedir o exercício do direito real, faz *cessar* a servidão; si as cousas si restabelecerem dentro do prazo da prescrição, a servidão-*revive*.

A prescrição opera-se n'este caso no direito francês, não pelo lapso de dez annos entre presentes, ou vinte entre ausentes, como no direito romano (L. 13, Cod. de servit. et aqua) ou no nosso direito (Ord. do Liv. 4º, tit. 3º, § 1º), mas sim pelo de trinta annos (arts. 706 e 707), repellida assim a prescrição regular do art. 2265.

O que tem produzido estas disposições no terreno da controversia, pôde ser visto magistralmente tratado em Demolombe, ns. 962 e 980; Pardessus, n. 294 e segs.; Solon, n. 513; Murlon, n. 1850; Zacharias, § 341, n. 1 e notas; Emil. Accolas, pag. 724, vol. 1º; Laurent, Princ. de Dir. Civ., vol. 8º, n. 295; Dalloz, verb. Servitudes, n. 1219).

177. — Os códigos modernos considerarão a suspensão do exercício da servidão, por impedimento devido a transformação das cousas, como um estudo provisório, que o vencimento do tempo da prescrição torna definitivo. Nenhum porém, occupa-se sequer da hypothese de revivencia da servidão decorrido o lapso da prescrição.

E' que, de accordo com o cod. francês, reconhecem que a extincção da servidão opera-se então pelo effeito do *não-uso*, sem fixar-se o legislador na apreciação da causa producente da cessação do exercício, doutrina que é a condemnação da maxima — *contra non valentem agere non currit præscriptio*, que é de effeitos praticos no direito romano.

Si cesa la servidumbre por hallar-se las casas en tal estado que no sea posible usar de ellas, reviverá desde que deje de existir la impossibilidad, *con tal que esto suceda antes de*

haber transcurrido veinte años. (Cod. civil do Chile, art. 887).

Conf.: o Cod. Civ. do Uruguay, art. 605, n. 6. O Cod. Argentino, Liv. 3º, tit. 12, Cap. 4º, arts. 82 a 86.

Este Código foi particularmente explícito nos arts. 84 e 85: n'este ultimo usa das seguintes expressões:

Es applicable lo dispuesto en el articulo anterior á las servidumbres activas ó pasivas, inherentes á casas, paredes de un solo dueño ó medianeros, y á las construcciones en general. Si estas si demoliesen ó destruyesen, y fuesen reconstruidas, la servidumbre continúa en la nueva casa, en la nueva pared, ó la nueva construccion, si no hubiese pasado el tiempo de la prescripcion.

178. — *Resolução do direito dominical do concedente.*

RESOLUTO JURE CONCEDENTIS, RESOLVITUR JUS CONCESSUM.

E' o principio que rege a materia.

A revogação do direito de propriedade, no qual se funda o de conceder direitos reais, que são desagregações do dominio, acarreta a revogação dos desmembramentos concedidos sobre a mesma propriedade.

O direito romano applicando a generalidade do seu brocardo juridico, acima exposto, fazia algumas distincções, que serão bem fundadas, attenta a indole daquelle direito.

a) O principio tinha inteira applicação e a servidão extinguia-se, no caso de haver a clausula revogatoria do dominio sido estipulada no mesmo acto da transferencia da propriedade.

A revogação operava-se então — *ex tunc* — na expressão dos interpretes, isto é, acarretava o desaparecimento de todos os direitos reais

originados de um domínio revogável, em virtude de efeito retroactivo que fazia retrotahir a resolução á época da constituição do domínio.

Realisava-se isto nos casos: de legado condicional previsto pela L. 11 § 1º, Dig.. quemadmod. serv. amitt. onde Paulo explicitamente doutrina: *Heres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati conditio existat*; da *in diem additione*, isto é, da faculdade revogatória que se reservava o vendedor, si até certo dia, encontrasse melhor preço para a coisa. (Dig. L. 4, § 3, e Leis 7 e 8, de *in diem additione*); do facto da *lex commissoria*, o que se dava quando o vendedor estipulava reaver a coisa vendida, se não tivesse sido pago dentro de certo tempo, e isto porque neste caso — ACCIPITUR INEMPTUS ESSE FUNDUS, como diz Pomponio. (L 2. D. de Lege Commissoria).

b) Si, porém, a revogação do domínio se desse por força de circumstancias novas, posteriores ao acto constitutivo do domínio (*ex nunc*), aquelle que obtivesse a revogação do direito de propriedade, só teria uma acção pessoal contra o proprietário actual, o que quer dizer que as servidões subsistirão.

Dá-se isto: no caso do pacto da lei commissoria, em vez de encerrar a rescisão da venda — *res inempta sit*, declarar que sómente se rescindirá o contracto e revogará o domínio, si o vendedor preferir restituir o preço *nisi restitutum esset pretium* (L. 3ª, Cod. de pactis inter empt etc); no pacto *retrovedendo* o mesmo se dava, por isso que tal pacto apenas creava uma obrigação pessoal, e não acarretava a resolução da propriedade. Nestes dous casos subsistão os encargos, as servidões impostas aos predios. (Molitor, n. 116; Mackeldey, § 327, n. 3; Accarias, n. 272, § 4º; Maynz, § 145, n. 5).

179. — O Cod. Civ. Francez nenhuma disposição contem sobre o assumpto. Rege-se este pelos principios geraes de direito, consubstanciados em algumas disposições doCodigo, cuja applicabilidade ao caso os commentadores fazem com justo fundamento.

A disposição do art. 2125 é por elles applicado por identidade de razão ás servidões.

Aquelle que tem sobre um immovel um direito em estado de suspensão pela dependencia de uma condição, ou resolúvel em certos casos, ou sujeito á rescisão, não póde consentir em a constituição de uma hypotheca, senão ficando esta sujeita ás mesmas condições ou á mesma rescisão, não poderá igualmente conceder servidões em tal predio, a não serem sujeitos às mesmas condições. — *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.*

Os tratadistas aceitam como corrente a doutrina do direito romano: repudiam apenas o tom absoluto da doutrina romana, em referencia á servidão estabelecida em favor de um predio cujo dominio é resolúvel, e distinguem o caso de ser o direito real constituido mais em favor do proprietario de dominio resolúvel, do que com intuito de melhorar o proprio predio. No primeiro caso a *resolução* do dominio arrasta a extincção da servidão, o que não se dá no segundo caso, em que a servidão nada soffre com o desaparecimento do direito do dominante e reputa-se constituida *in perpetuum*. (Demol., n. 1051; Pardessus, n. 318; Solon, n. 530 e seg.; Mourlon, Répét. Ecrit., nota 1 ao n. 1849; Zacharias, § 341, n. 4; Laurent, Princ. de droit. civil, vol. 8º, n. 333; Arntz, Droit. civil franc, n. 1210).

E' doutrina corrente que os principios acima expendidos nada tem que vêr com a hypothese da constituição da servidão por meio de prescrição.

Neste caso o dominio resolúvel do serviente em nada influe sobre a sorte da servidão que perdura e subsiste sempre. (Demol., n. 1052; Solon, n. 531; Pardessus, n. 318, in fine).

180. — O nosso direito aceitou a doutrina romana. (B. Carneiro, § 81, n. 30 e 31; Dir. das Causas, § 134, n. 4; C. da Rocha, § 602, n. 4).

A servidão se reputa extinta sempre que se *resolve* o direito do serviente. D'ahi o dever se considerar como observada e sancionada pelo nosso direito a morte das servidões nos seguintes casos:

a) Quando o direito de propriedade do serviente se *resolve* por força do pacto da *lei commissoria* de que trata a Ord. do Liv. 4º, tit. 5º, § 3º. Como no direito romano este pacto se reputa rescindido, se findo o prazo em que se devia realizar o pagamento, o vendedor cobrar o preço da venda. (Ord. citada).

b) Quando tiver, effectividade a *retrovenda* (Ord. do Liv. 4º, til. 4º).

c) Quando por qualquer outro pacto, aceito em direito, a propriedade do serviente tiver de voltar ao vendedor, primitivamente senhor do predio. (B. Carn. loc. cit. n. 30) como o pacto que os romanos denominavão *in diem addictione*, o qual, comquanto não se ache mencionado nas nossas leis, todavia tem sido aceito como admissivel no nosso direito. (Consolid. das Leis Civ., not. 53, ao art. 553; Dig. Port., Tom. 3º, Secç 7ª, art. 357).

181. — *Prescrição extinctiva por força do não-uso.*

O preceito capital que rege a extincção das servidões pelo não uso é, no nosso direito, a constituição 13 de Justiniano do Código de *servitutibus et aqua*.

Nas seguintes e formaes palavras está firmada, em termos explicitos, a regra dominante no direito romano da epoca Justiniana e no nosso, para a extincção de todas as servidões pelo não exercicio dos actos que a constituem:

... tia et in cæteris servitutibus obtinendum esse censuimus, UT OMNES SERVITUTES NON UTENDO AMITTANTUR, NON BIENNIO, (quia tantummodo soli rebus annexæ sunt) SED DECENNIO CONTRA PROESENTES, VEL VIGINTI SPATIO ANNORUM CONTRA ABSENTES: ut sit in omnibus hujus modi rebus causa similis, explosis differentiis.

Ante este preceito claro, e deixadas de parte as distincções com que os doutrinadores tanto dificultarão, á força de querer esclarecê-la, esta importante materia, apenas aceitaremos como necessaria para completo estudo do assumpto a apreciação da applicação da lei supra ás seguintes hypotheses:

- a) A's servidões positivas e negativas.
- b) Ao modo de exercicio das servidões.
- c) A's servidões dos predios existentes em communhão (pro indiviso).

182. — *As servidões positivas e negativas.*

A distincção não corresponde a differença alguma na effectividade da extinctão.

A prescripção, pelo lapso de dez annos entre presentes e vinte entre ausentes, faz extinguir todas as servidões, sejam ellas continuas ou discontinuas, affirmativas ou negativas, doutrina aliás, aceita por aquelles mesmos que em face da disposição do Cod. Civil francez arts. 590 e 691, somente podem admittir a prescripção acquisitiva da servidão continuas e apparentes. (Laurent, n. 306; Demol., n. 991; Solon, n. 498; Pardessus, n. 301; Murlon, Répét. Ecrites, n. 1852; Emil. Accol., vol. 1º, pag. 726; Arntz, n. 1201) tal é o sentido amplo que a interpretação tem emprestado ao art. 706 do Cod. francez.

A distinção, porém, das servidões em *positivas* e *negativas* é capital, a nosso vêr, quanto á fixação da época da iniciação da prescrição e do ponto de partida do tempo cujo lapso é necessario para levar a effeito a extincção.

A prescrição extinctiva actúa em referencia ás servidões cujo exercicio não foi encetado pela pratica dos actos materiaes?

Alguns tratadistas modernos, entre elles Demolombe (n. 992) entendem que não sómente podem prescrever as servidões já praticamente realizados, cujo exercicio foi iniciado; mas ainda as que não passarão dos titulos constitutivos á effectividade dos actos materiaes.

Em referencia ás servidões *positivas*, com que exemplifica Demolombe a sua doutrina, não surge) difficuldade séria. E' certo que, si eu tiver o direito de abrir janellas sobre um predio visinho e não utilizar-me desse direito dentro do praso da prescrição extinctiva das servidões, eu perco a faculdade de exercital-a; a servidão legalmente constituida desaparece, finda pela prescrição. Nada mais exacto. (Pardessus, n. 310, pag. 184 a 185; Zacharias, § 341, pag. 211, nota 6 de Massé e Vergé; Murlon, n. 1854; B. Carneiro, § 81, n. 12, nota a; Laurent., n. 313; Dalloz, verb. serv. n. 1228).

Trata-se, porém, de uma servidão negativa.

Figure-se a hypothese de não ter sido exercitada a servidão *altius non tollendi* que tenho por titulo em que foi constituida em meu favor sobre o predio do visinho: decorridos os dez annos perderei o direito de servidão, e poderá o visinho alçar a edificação até onde lhe aprouver?

Ninguém o dirá!

A verdade é que a doutrina de Demolombe não tem applicação no nosso direito ás servidões negativas, áquellas que os romanos dizião consistir *in non faciendo*, denominando-as servidões *prohibendi* e para

cujas prescrições exigiam a *usucapio libertatis* (Leis 9^a § 1^o, 32, D., de serv. præd. urban., Lei 18 § 2, D. quemad. serv. amitt.; L. 4^a § 29 D. de usucap.; Maynz, § 145). Estas perduravam enquanto o acto contrario á servidão não iniciava em favor do serviente o tempo da prescrição extinctiva. O texto de Gaio na Lei 6.^a D. *de serv. præd. urban.*, não pôde ser mais explicito:

Sed ita si vicinus simult libertatem usucapiat; veluti si ædes tuæ æ libus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur: et ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu par hoc tempus ædes tuas altius sablatas habueris.²⁸

O tempo da prescrição, ainda em referencia ás servidões *positivas* é comprehensivo dos actos que constituem inicio, mas não preenchimento, ou realisação completa da servidão. Não é, pois, exacta tambem a doutrina de Demolombe (n. 994) favoravel á não extinctão por prescrição da servidão de janellas que exista sobre o predio visinho, quando no titulo se especificou o numero de janellas a abrir e o dominante

²⁸ Pardessus (n. 310, pag. 183 a 184) chega ao mesmo resultado que nós, mas por modo diverso. Figura elle a hypothese de uma servidão *altius non tollendi* constituida sobre um predio que ainda não está construido. A servidão, diz elle, fica, neste caso, constituida sobre o terreno, mas se o edificio não se fizer durante trinta anos; o *dominante* não perde por prescrição o direito de servidão e isto porque: *tant qu'il* (o serviente) *n'a pas construit, le voisin a joui de cette servitude avec plus d'étendue que si la construction eut été faite*. Como se vê, Pardessus illudio a difficuldade pois, segundo affirma, a servidão negativa está nesta hypothese em pleno exercicio, e somente por esta razão devia de prescrever. Será, porém, exacta no rigor de direito, esta doutrina? Como suppor constituida esta servidão *altius non tollendi*, sem o predio, e sobre o solo? Nada é menos exacto.

Para que tivesse existencia a servidão *altius non tollendi* na hypothese de Pardessus, fora preciso que o predio estivesse construido, porque não ha servidão d'essa natureza tendo por objecto um terreno que não pode ser elevado: a servidão *altius non tollendi*, consistindo na obrigação de não elevar o edificio além de certa altura, supõe antes do tudo a existencia desse edificio. (Molitor, n. 42, pag. 351). E' o que se deduz das leis 4^a e 9^a do Dig. de serv. præd. urban.

Laurent, n. 313, opina que o direito á *servidão* se extingue pela prescrição, apoiando-se em um aresto citado em Dalloz; mas não deixa de reconhecer que a hypothese figurada por Pardessus é escabrosa e a solução é de grande difficuldade. "Il ne peut pas être question d'uzer d'une servitude alors qu'il n'y a pas de fonds dominant; et il est impossible de faire un acte contraire á une servitu le qui n'existe pas." E' igualmente a opinião de Dalloz. Repert *verb. servit.* n. 1228.).

A reflexão tem toda a procedencia em referencia á não existencia do predio serviente; a applicação do principio é forçosa.

apenas abriu parte delas: o direito de abrir as outras prescreve com o lapso do tempo da prescrição; isto é irrecusável.

É consequentemente, de grandes efeitos práticos a classificação das servidões em *positivas e negativas*, quando se trata de estudar a sua extinção por prescrição: nas primeiras a cessação do exercício é o princípio do *não uso*; nas segundas o *não uso* só começa a dar-se quando o dominante perde a *quasi posse* da servidão, o que se realiza desde que o serviente leva a efeito o acto prohibido.

Outro efeito prático de grande ponderação oriundo da classificação supra é o que se dá em referência á interrupção da prescrição pelo *usus*, ou a conservação do direito real. É corrente que a servidão se conserva, interrompendo-se consequentemente o lapso de tempo da prescrição, não sómente quando é exercitada pelo próprio dominante, como por alguém em seu nome (Leis 20, 21, 22, 23 e 24, D. quemad. servit. amitt.) Uma única coisa se exige como condição capital — o *animus* (L. 25. D. eod. Savigny, Posse, 7.^a edição, pag. 481), isto he, a prática do acto de servidão: não — *per accidens* — mas no firme propósito e plena consciência de que se pratica um acto de servidão: é precisa a convicção de que se exercita um direito: *nisi is qui suo jure uti se credit*, diz Paulo.

183. — Tratando-se de estudar a extinção das servidões pela prescrição é de máxima importância o saber quando se deve iniciar o tempo da prescrição, ou por outra, em que época convém assignalar o começo do *não-uso*?

Ainda para solução d'esta questão é preferível a classificação das servidões em *positivas e negativas*, a considerá-las como o fez o Cod. Civ. franc. (art. 707) em *continuas e discontinuas*.

Como já fizemos sentir, as servidões *positivas* começam a prescrever desde que se deixe de exercitá-las; o ponto de partida do *não*

uso é consequentemente o ultimo acto de servidão que houver sido praticado (B. Carneiro, § 81, n. 11 e nota *a* ao n. 12; Dir. das Causas § 134, n. 5 e nota 9); as *negativas*, prescrevem pela perda da *quasi-posse* da servidão; ora esta realisa-se ou por facto do serviente e do dominante, ou provém de accidente.

O Cod. Civ. francez e os que o imitárão, firmando na divisão das servidões em *continuas* e *discontinuas* a base da prescrição, e declarando (art. 707) que estas ultimas sómente começam a datar a prescrição do *acto contrario* á servidão, autorisárão as mais diversas conclusões, ás quaes a verdade dos factos oppõe uma resistencia inabalavel.

Segundo a doutrina que aceitamos o *não uso* nas servidões *positivas*, conta-se DO ULTIMO ACTO PRATICADO NO EXERCICIO DA SERVIDÃO. Assim quer a servidão positiva seja *continua* ou *discontinua* o tempo inicial da prescrição é contado do mesmo modo.

Trata-se, por exemplo, de uma servidão de aqueducto que é positiva e continua, e que não perde a sua *continuidade* (segundo a melhor opinião: Laurent, n. 308 e *Demol.*, n. 707) ainda no caso em que a corrente da agua no rego do aqueducto dependa da existencia de um registro; pois bem, a prescrição começa o seu curso desde o dia em que a agua deixou de correr no aqueducto, ou porque o dominante deixasse de levantar o registro, ou porque o serviente intupisse o rêgo, ou porque as obras do aqueducto, por facto accidental, desmoronassem ou se aluissem.

No direito francez a disposição do art. 707 do Cod. Civ. leva os commentadores a bem diversas conclusões.

Como as servidões continuas não começam a prescrever senão: *du jour ou il a été fait un acte contraire à la servitude*, doutrinão, e com justo fundamento os tratadistas, que ainda que o dominante não levante o registro e consequentemente não corra a agua no aqueducto

durante o tempo necessario para a prescripção, a servidão (QUE NÃO É UTILISADA) não prescreve!

Ainda mais: se o aqueducto desabar por accidente e não por facto de qualquer dos interessados a servidão não perecerá por prescripção de *não-uso*, mas sim *reiinteritu*. (Demol., n. 1010, pag. 532; Solon, n. 500; Pardessus, n. 301 e seg.; Mourlon, n. 1854; Laurent, n. 308).

A verdade é que a exigencia do art. 707 em referencia á prescripção das servidões discontinuas, é um preito que os organisadores do codigo rendêrão a doutrina romana da *usucapio libertatis* consubstanciada no frag. 6 do Dig. de serv. præd. urban.

Tanto isto é certo que Mourlon (n. 1854) e Arntz, (n. 1201) fallão da necessidade, para o predio serviente de se constituir em — *possession de la liberté, en etat de possession*.

Dir-se-ha: mas como se opera a perda da quasi posse das servidões negativas? Em que consiste essa *quasi-posse* senão na *usucapião* — da *liberdade*?

A differença é saliente e está em que a perda da posse das servidões *negativas* se póde dar por accidente, isto é, póde resultar de um facto involuntario; ao passo que a *usucapio libertatis* do direito romano sómente se operava por um acto accentuado e positivo do serviente, qual era a *interpellatio*: QUI JUS - TUUM NON INTERPELLAVIT, diz Paulo, § 2º da Lei 18, D. quemad. servit. amitt.²⁹

²⁹ Não desconhecemos que não é mais do que uma distincção escolastica e especiosa a do estado de *posse da liberdade* e do *não uso* da servidão. Este não é cousa diversa d'aquella.

Não escapou isto a alguns dos modernos interpretes do direito romano; antes é por elles assignalada a difficuldade da discriminação dos dous estados, cujos effeitos praticos não podem deixar de ser identicos.

Nas servidões positivas, que dependem em seu exercicio da pratica de actos por parte do dominante, a inactividade deste, a sua isempção na pratica de taes actos constitue o serviente na posse da liberdade. (Maynz, § 145, pag. 354).

184. — A dificuldade tem surgido quanto ao modo de fixar o começo do *não uso* nas servidões cujo exercício consiste em actos intermitentes. Assim se eu tiver uma servidão de caminho por um predio intermediario, em favor de outro de minha propriedade mas unicamente para dar saída aos productos das colheitas, por ser mais curto o caminho offerecido; quando começa o não uso?

Na ultima vez que passei, ou quando, chegada a ocasião de exercitar o meu direito de transito, tiver deixado de fazel-o?

No direito romano regia a materia a Lei 7.^a Dig. *quemad. servit amitt.* N'ella decidia Paulo nos seguintes termos:

Si sic constituta sit aqua, ut vel oestate ducatur tantum, vel uno mense, quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur: quia non est continuum tempus: quo cum uti non potest, non sit usus; ITAQUE ET SI ALTERNIS ANNIS VEL MENSIBUS QUIS AQUAM HABEAT DUPLICATO CONSTITUTO TEMPO AMITTITUR. IDEM ET DE ITINERE CUSTODITUR; si vero alternis diebus, aut die toto, aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur, quia una servitus est &.

A doutrina deste texto tem sido entendida de accordo como a constituição de Justiniano compilada na Lei 14 Cod. de servit. et aqua, onde em termos explicitos ficou firmada a doutrina de ser adoptado o prazo de 20 annos, fixado na Lei 13 Cod. eod. como o tempo maximo da prescrição para as servidões de exercicio intermitente ou alternativo, ainda que os actos de servidão sómente se reproduzissem por quinquennios:

nobis placuit ita causam dirimere, ut quia jam per legem latam a nobis prospectum est, ne servitutes per biennium non utendo depereant, sed per decem vel viginati annorum curricula, et in proposito, specie si per quatuor quinquennia nec uno die vel ipse, vel hominis ejus aedem servitute usi sunt, tunc eam penitus amittat viginti annorum desidia.

Esta theoria é a aceita no direito moderno. (Sarsfield, nota ao art. 20 do Cod. Civ. Argentino).

Era observada a Lei 7.^a citada, para o fim de contar-se em dobro o tempo das servidões alternativas. Este tempo não podia exceder de 20 annos. (Molitor, n. 125, pag. 477).

Este prazo éia fixado para os presentes e ausentes (Sarsfield, not. ao art. 90 do Liv. 3.^o, tit. 12 do Cod. Arg.).

A doutrina accpta no nosso direito é: si a alternativa no exercicio da servidão fôr por prazos largos, a prescripção se opéra pelo de 20 annos a datar do do ultimo acto de exercicio, e si a servidão tem o exercicio por prazos curtos de intermittencia vigora a regra da Lei 13 Cod. de servit. et aqua, isto é, prescreve-se por 10 annos entre presentes e 20 entres ausentes, contando-se sempre o tempo da época em que foi praticado o ultimo acto de exercicio; o que é, afinal, a doutrina da Lei 13 do Cod. acima citado. (B. Carneiro, § 81, n. 13 a 16).

Entende, porém, Demolombe que o prazo da prescripção deve ser contado não do ultimo acto de exercicio da servidão, mas da época em que, devendo elle ser reproduzido, o dominante deixou de pratical-o. E' a opinião de Dalloz (Repert., Servit., n. 1245).

A razão capital d'esta doutrina é a posse da servidão em que fica o dominante pela pratica do acto da servidão, a qual somente perde quando, chegado o tempo de exercital-a, deixa de fazel-o, o que he tanto verdade, que durante o lapso de tempo decorrido, entre o ultimo acto de exercicio, e a epoca em que se devia renovar a pratica da servidão, elle tinha o uso dos remedios possessorios para proteger o seu estado de posse.

Esta doutrina não se apoia em solida razão juridica.

Perante o Codigo francez ella é condemnada pela disposição expressa do art. 707, que faz correr o lapso do tempo da prescripção, para as servidões discontinuas, do dia em que cessou o gozo da servidão, o que não se póde applicar senão á pratica do ultimo *acto de gozo da*

servidão: des que l'on cesse de passer, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage. (Demol. n. 1011).

Acresce que dizer Demolombe (n. 1013 pag. 536) em apoio de sua opinião, que a prescrição por *não uso* funda-se na presumpção de abandono ou negligencia por parte do dominante e que nenhuma presumpção destas é possível em referencia áquelle que *não podia usar da servidão*, prova demais: já porque prevaleceria no direito francez a razão de força maior, como suspensiva da prescrição, o que importava a applicação da maxima contra *non valentem agere non currit præscriptio*, applicação condemnada pelo proprio Demolombe (n. 979, pag. 483) e repellida no direito moderno (Cod. Argentino, Liv. 3º, tit. 12, art. 90 e nota do Dr. Sarsfield ao mesmo artigo) apesar do que em contrario diz Solon (n. 505) ³⁰; já porque taes fundamentos devem ser applicados ainda ás servidões discontinuas que não se exercitarem alternativamente.

³⁰ Quando dizemos que o direito moderno repelle a maxima citada e isto no caso de oppor-se ao lapso de tempo a allegação de força maior e não nas hypotheses em que a suspensão do curso da prescrição opéra-se em virtude da incapacidade do individuo.

E' assim que a prescrição extinctiva não corre contra o menor. (Art. 710 do Cod. Civ. franc; Art. 607 do Cod. Civ. do Uruguay; art. 672 do Cod. Civ. Italiano; art. 2281 do Cod. Civ. Port.; Cod. Civ. Argent. Liv. 3º, tit. 12, art. 90 e nota de Sarsfield.)

O fundamento de que a suspensão da prescrição, quando baseada em força maior, complicaria o estado da propriedade e tornaria esta vacillante e objecto de litigios, depois de já haver passado a muitas mãos, é sem duvida attendivel.

Entre nós a maxima romana não está igualmente em vigor se não no sentido do direito moderno.

A disposição da Ord. do Liv. 3º, tit. 91 § 1º não autorisa a opinião contraria, como se suppõe; ella não trata de firmar preceito sobre o caso, mas sim resolve sobre a hypothese de concurso de credores. Acresce que tal Ord. acha-se derogada pela Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º, § 13.

O estudo detido dos textos tem revelado que no direito romano a maxima: *contra non valentem agere non currit præscriptio*, não amparava os casos de perda do *não uso* por força maior; a mesmo além, equiparava esta ultima hypothese áquella em que a posse da servidão se perdia por um acto de violencia da parte adversa.

Nas leis 14 do Digesto, *quemad. servit. amitt.*, 6ª, Dig. *si servit. vindic*, 34 § 1º e 35 D. de *servit. præd. rusticorum*, além de outras, são consideradas extinctas as servidões por factos de força maior, restabelecendo-se ellas, si dentro do tempo da prescrição forem reconstituídas ou exercitadas, o que *á contrario sensu*, firma a doutrina de julgal-os perdidos, se perdurar o estado de cousas creado pela *força maior*. Na Lei 4 § 27 Dig. de usurp. et usucap. Paulo firma o seguinte principio:

Si viam habeam per tuum funduum, et tu me ab ea vi expuleris: per longum tempus non utendo amittam viam etc. Dir-se-ha é a prescrição por *não uso*.'

Certamente; mas é a extinctão da servidão pelo *não uso* proveniente de força maior!

Ninguém dirá que o facto de exercitar-se a servidão discontinua por actos praticados de anno a anno, modifique o seu caracter de discontinuidade, para recusar-se-lhe a applicação de principios capitaes da doutrina de direito.

185. — A quem cabe a prova da prescrição? Deve o serviente provar o *não-uso*? Deve o dominante provar o *uso*, ou o exercicio?

Distinguem em geral os tratadistas o caso da posse do da não posse da servidão. Assim, doutrinao elles, aquelle que tem o titulo e a posse da servidão nada tem a provar.

Elle exercita o seu direito real fundado em titulo habil; ao que contestar esse titulo, ao que impugnar o direito, por achar-se invalidado pela prescrição cabe provar o *não-uso* pelo lapso de tempo necessario para a extincção do direito. (Demolombe, n. 1015; Zacharias, § 341, n. 3; Pardessus, vol. 2º, n. 308, pag. 169).

Simplifica-se, porém, a solução da questão desde que a sujeitarmos aos principios geraes de direito sobre materia de prova.

Incumbit probatio qui dicit, non qui negat. (L. 2ª, D. de probat. et presump.)

Autore non probante, reus absolvitur, etiam si nihil, ipsi praestiterit. (L. 1ª e 4ª, Cod. de edendo).

Taes são os principios segundo os quaes deve ser resolvida a questão.

Si o serviente contestar o direito do dominante, por fundar-se em titulo prescrito por *não-uso*, a elle cabe provar, que o *não-uso* deu-se durante o lapso de tempo exigido pela lei para a prescrição. Na acção confessoria póde ser o dominante levado á necessidade da prova do *uso*, se o serviente contestar a acção com o fundamento da prescrição por *não-uso*.

Em todo o caso áquelle que affirma cabe a prova, quer a affirmação se produza accionando, quer excepcionando. Esta doutrina tem em seu favor a autoridade de Laurent. (Princ. de Dr. Civ., vol. 8º, n. 317).

186. — b) *Prescrição do modo de exercício da servidão.*

No modo porque é exercitada a servidão deve-se distinguir:

O caso em que nos actos de exercício a prescrição limita a servidão.

Aquelle em que, ao contrario, o uso da servidão foi além do titulo, isto é, ampliou a comprehensao da servidão.

Finalmente a hypothese de haver sido exercitada a servidão com modalidades, que a distinguem da de que resa o titulo da constituição.

Segundo o direito moderno o modo de exercer a servidão prescreve, assim como a propria servidão, acquisitiva e extinctivamente. (Cod. Civ. franc., art. 708; Cod. Civ. Arg. Liv. 3º, tit. 12, arts. 94 e 95, Cod. Civ. Italiano, art. 668; Cod. Civ. Port, art. 2280, § unico; Cod. Civ. do Uruguay, art. 606; Cod. Civ. do Chili, art. 888; Cod. Civ. de Venezuela, art. 627); o que não era aceito pelo direito romano, que admittia a conservação da servidão em toda a sua plenitude pelo exercício de um só acto da servidão, ou de parte d'ella.

Qui latiore via, rel angustiore usus est, RETINET SERVITUTEM, diz Paulo (L. 9 § 1º D. si servit, vindic).

Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non perisse actum, sed movere, Sabinus, Cassius, Octavinus aiunt; nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet. (L. 2, D., quemad. servit amitt). *Is qui per partem itineris it, TOTUM JUS USURPARE VIDETUR.* (L. 8, § 1º, eod.)

Aqua, si in partem aquagii influeit, etiamsi non ad ultima loca pervenit, OMNIBUS TAMEN PARTIBUS USURPANTUR (L. 9, D. quemad. servit. amitt.)

Una est via, etsi per plures fundos imponatur: eum una servitus sit. Denique quæritur, an si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? et magis est, ut aut toto amittatur, aut toto retineatur. IDEOQUE SI NULLO USUS SUM, TOTA AMITTITUR: SI VEL UNO TOTA SERVATUR. (L. 18, D., de serv. præd. rust.).

Antes de qualquer apreciação das hypotheses que figuramos, tentemos a solução de um ponto controvertido no direito moderno, mas que não nos parece offerecer grande difficuldade no nosso.

E' o caso do uso das servidões accessorias e das que não o são. As primeiras regem-se em seu exercicio pela Lei 17, D., *quemad serv. amitt.*

Aquelle que tem a servidão de tirada de agua, tem como accessoria a de caminho. Supponha-se que elle deixou de exercer a primeira por um impedimento, desaparecimento da fonte, por exemplo; mas foi sempre ao lugar, exerceo consequentemente a segunda, isto é, a accessoria: qual a consequencia?

Perderão ambas as servidões, diz a citada Lei. A primeira por prescrição a segunda por ser accessoria da primeira: *iter quoque eum amisisse.*

E' a solução de adoptar no nosso direito, por ser a unica conforme com os principios geraes. O accessorio segue a condicção do principal; é a sua dependencia natural. A servidão de caminho que tenho para utilizar a de tirar agua extinguir-se-ha, se esta prescrever: já porque é accessoria; já porque o *animus* que presidio o seu exercicio não foi o exercer uma servidão: eu passei no caminho, não com o intuito de exercer a servidão de transito, mas sim no proposito de chegar á fonte e d'ella retirar a agua necessaria, para meu uso.

187. — Aquelle que exercita uma servidão contra predio differente daquelle sobre o qual foi constituida perde esta por não *uso*,

desde que haja decorrido o lapso da prescrição. (L. 11 e 18, D. *quemad. serv. amitt.*

Adquire, porém, por prescrição a que exerceu sobre o outro predio? Segundo o direito francez a solução depende da natureza da servidão exercitada. Si *continua* a prescrição opera-se; si *discontinua*, não, por serimprescriptivel. (Cod. Civ. francez, arts. 690 e 691; Demol. n. 1024); no nosso direito, onde todas as servidões são prescriptiveis, a servidão exercitada adquire-se em todo o caso, desde que a *posse* possa levar á usucapião, isto é, não tenha nenhum dos vícios de violencia, má fé ou clandestinidade.

188. — A servidão póde ter sido exercitada aquem do direito, isto é, com limitação: qual o effeito deste *uso*? o que se prescreve por força delle?

A questão não offerece no nosso direito o mesmo interesse e a séria difficuldade que no direito francez, onde a não aquisição por prescrição das servidões discontinuas traz embaraços a uma solução mais decisiva. (Vide: Demolombe, n. 1029; Pardessus, n. 3051).

Aquelle que exercitou a servidão durante 10 ou 20 annos (tempo da prescrição) com menos amplitude do que lhe concedia o titulo constitutivo do seu direito real, ficou adstricto ao uso dos actos praticados, se os actos ommitidos não estiverem comprehendidos na natureza intrinseca da servidão, caso este em que o exercicio ainda limitado e restricto da servidão, impede a extinctão por prescrição da parte não exercitada; antes conserva o direito real. (B. Carneiro, § 81, n. 21).

Assim o que tiver a servidão de transito de carro, ou a cavallo, não a perde, não soffre limitação n'esse seu direito pelo facto de haver passado a pé durante 10 ou 20 annos: conserva em sua plenitude a servidão, por que, como diz fundadamente Demolombe, (n. 1029) o direito que lhe confere o titulo *é o direito unico e illimitado de passar*. (B.

Carneiro, § 81, n. 20), no entanto, si eu tiver, por titulo de servidão, o direito de construir um aqueducto de 2 metros de largura, construir um de um metro e durante o tempo da prescrição mantiver este estado de cousas, parece que limitei pela prescrição o direito que me dava o titulo e que não posso alargar o aqueducto até dar-lhe a largura de dois metros: isto é verdade no direito francez: mas não no nosso, onde domina o principio do D. R., pelo qual a servidão se conserva, em todo o caso, sem a restricção ou a limitação do uso, o que é mais juridico do que o principio do direito francez. (Laurent, n. 326).

189. — O exercicio da servidão, em vez de limitar-se, ampliou-se.

A solução é a mesma com as devidas alterações. (B. Carneiro, § 81, n. 20). No nosso direito a prescrição é amplissima; comprehende as servidões *continuas* do mesmo modo que as *discontinuas*: uma unica cousa se quer: a pratica dos actos da servidão, isto é, a *quasi-posse* sem qualquer dos vicios que embaraça a *usucapião*.

Figuremola.

1.º) Aquelle que tiver a servidão d'agua durante a noite, e usal-a durante o dia, perde a servidão que tinha. (B. Carneiro, § 81, n. 19).

E' a hypothese da Lei 10 § 1º D. *quemad. servit amitt*.

Esta solução é contraria á indole do direito moderno.

2.º) Si alguém utilizar-se de agua diversa da que lhe foi concedida como servidão, perde esta.

E' o caso da Lei 18 do Dig. do mesmo titulo.

3.º) Si eu tiver o direito de conduzir agua por aqueducto durante certas horas do dia, ou da noite, não poderei usar de tal direito, fóra das horas assignaladas. (L. 2. Dig. de aqua cottidiana et estiva).

190. — D'estes textos pretende Demolombe (n. 1031) concluir, apoiado na autoridade de Cœpolla, que as servidões existentes se perdêrão, segundo a doutrina do D. R. e que as que forão exercitadas não forão adquiridas.

Esta doutrina deve ser a do direito francez, cujo rigor não aceita, aliás com justa razão o proprio Demolombe (n. citado); quanto, porém, á sua conclusão em referencia á do direito romano deduzida dos textos citados, é inteiramente inexacta.

O que os textos affirmão, de modo clarissimo, é que aquelle que não exercitar as servidões como forão constituidas, perde-as.

E porque? Porque n'estas hypotheses dá-se o *non usus* de taes servidões; o que é, um caso de extincção. (Maynz, § 145, nota 15); nada estatuem, porém, os textos em referencia ás que se exercitárão, as quaes ficão sujeitas aos principios geraes sobre a aquisição das servidões por prescrição.

As leis supra citadas limitão-se a dispôr que quem não exercitar as servidões nas horas e lugares, para as quaes forão constituidas, perde-as; não dizem, porém, que não serão adquiridas as que forem exercitadas em horas e por lugares differentes dos que forão assignados na constituição, desde que concorrão os requisitos da prescrição acquisitiva.

E' esta igualmente a doutrina do nosso direito.

Aquelle que exercitou a servidão por modo diverso do que lhe fôra estatuido no titulo da constituição, perde-a; o que não véda que adquira a outra, que exercitou em tempo e modo regular de prescrição. (B. Carneiro, § 81, n. 19).

O fundamento desta doutrina é o mesmo que demos a do direito romano: o *não uso*: tanto assim que a servidão exercitada com excesso (não differença) no modo, não se perde, porque não se dá neste caso o *não uso* (B. Carneiro, § 81 n. 20) antes, como diz este civilista —

no mais se contem o menos: v. g. se acrescentou a agua, se alargou ou mesmo estreitou o caminho, se levou mais animaes, ou gado, se tendo sómente caminho de pé levou animaes e rebanhos, etc., nos quaes casos somente é reprimida, e pago o prejuizo causado pelo excesso. Em summa: perde-se a servidão, se se usou em tempo, lugar ou modo inteiramente diverso do que competia: o contrario se a differença é só em mais ou menos. (B. Carneiro, § 81, n. 20 e 21).³¹

191. — c) *Prescrição das servidões dos predios existentes em communhão.*

Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous.

Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres. (Cod. Civ. fr. arts. 709 e 710).

Esta é a doutrina do direito moderno (Cod. Civ. do Chili, art. 886; Cod. Civ. do Uruguay, art. 607; Cod. Civ. Argent. Liv. 3º, tit. 12,

³¹ O julgador não se deve, todavia, a ter a theorias e doutrinas produzidas com tão rigorosa precisão.

Si do titulo resultar que o intento do concedente da servidão era principalmente dar ao dominante o gozo do direito real, por trazer este grande utilidade a seu predio, e que a limitação do tempo diurno ou nocturno não foi feita senão no proposito de facilitar o exercicio da servidão, de tornar possivel a sua utilização, a qual, devido a circunstancias especialissimas não podia de outro modo dar-se, usaria de descabido rigor o magistrado que não julgasse adquirida pelo exercicio *diurno* a servidão que havia sido concedida, para o exercicio *nocturno*.

Nada obsta o principio de dever ser preferida a decisão favoravel á liberdade dos predios, porquanto tal principio sómente tem vigor, quando se dá conflicto sobre a prova do *não uso* ou do *uso*.

Se é certo que quem tem a concessão restricta de uma servidão de exercicio *nocturno*, não tem a de exercicio *diurno*, antes a concessão de uma importa a exclusão da outra; não é menos verdade que quem passou no caminho, por onde tem a servidão de transito, com o animo de exercitar o seu direito real, *usou* da servidão que tem, tanto passando á noite, como durante o dia.

O principio capital na materia é a não aggravação da condicção do serviente!

Eis tudo. Quanto ao mais devem ser abandonados esses rigores inconciliaveis hoje com a elevada noção das servidões que lhes tem dado o direito moderno despidendo-as, como já o fizemos sentir d'esse character odioso, que, por certo, não assenta em uma instituição juridica de tão salutaes efeitos.

A' interpretação das servidões deve fazer o juiz presidir—esses principios largos e conciliadores que, em materia de servidão, devem sempre fazer considerar como sem importancia toda a circumstancia de facto que não acarretar aggravação. (Solon, Servit. n. 509).

arts. 92 e 93; Cod. Civ. Italiano, arts. 671 e 672; Cod. Civ. Port., art. 2281), seguida no nosso direito (B. Carneiro, § 81, n. 23; Lafayete, Dir. das Causas, § 134; Lobão, Aguas, § 285) e já professada no direito romano, como consequência do principio da indivisibilidade das servidões. (Leis 5, 6, 10 pr., 16, Dig., quemad. servit. amitt.)

192. — A servidão real é constituída em proveito do predio dominante; d'ahi deduz-se, como consequencia, que o exercicio da servidão por parte de qualquer pessoa, ainda extranha ao predio, desde que tal exercicio seja extreme de precariedade, interrompe o *não-uso* e consequentemente a prescrição extinctiva. (Maynz, §145, nota 13; Molitor, n. 122; Demol., n. 995; Solon, n. 502; Murlon, n. 1860).

Ainda o possuidor de má fé conserva a servidão pela pratica aos actos que a constituem e evita a prescrição. (Cod. Civ. Argent., Liv. 3º tit. 12, art. 91, L. 12 e 24 D. quemad. serv. amitt.; Solon, n. 502; Demol. n. 995; Murlon, n. 1860; Dalloz, repert. n. 1229).

193. — Por outro lado o *não uso* produz o seu effeito em referencia á extincção das servidões, isto é, conduz á prescrição, ainda quando o seu fundamento esteja na ignorancia do senhor dominante. Aquelle que deixa de exercer a servidão por ignorar que a possui, vê igualmente extinguir-se o seu direito real.

Si per fundum meum viam tibi legavero, et adita mea hereditate, per constitutum tempus, ad amittendam servitutem ignoraveris eam tibi legatum esse, amittes viam utendo. (L. 19, § 1º, D. quemad. servit. amitt.; Pardessus, n. 310, pag. 183, vol. 2º).

E' a doutrina do nosso direito. (B. Carn., § 81, n. 17).

194. — a servidão extingue-se sempre que qualquer dos predios passa do dominio privado, para o publico. O predio sahe então do commercio.³²

³² Usamos da expressão *commercio* no sentido do direito romano

A desapropriação por necessidade ou utilidade pública, produz esse efeito.

Consagrada, como única excepção ao amplo exercício do direito dominical, no art. 179, § 22 da constituição a desapropriação, que é regulada em seu modo de processo pelas Leis de 9 de Setembro de 1826 e n. 353 de 12 de Julho de 1845, opera transformação fundamental na natureza do predio, como objecto de dominio.

Os laços de direito real firmado sob o regimen do direito privado, rompem-se; a servidão constituída em favor, ou contra, o objecto da desapropriação, desaparece e o predio entra no dominio publico isento de qualquer onus, mas despojado tambem do direito real que possuía.

Esta é a verdadeira doutrina de direito.

Em caso nenhum póde ser mantido o direito de servidão ao predio desapropriado?

E se si tratar da servidão de sahida de predio encravado?

E' uma servidão natural ou antes legal, segundo a doutrina do nosso direito e que deve ser mantida.

Os principios expostos entendem só com as servidões convencionaes não com as legaes? Incontestavelmente, não. A expropriação opera a extincção em todos os casos, salvo ao Estado o direito de renovar-a.

As cousas que erão *extra commercium* ou *patrimonium*, não podendo estar sujeitos ao dominio privado, escapavão á acção juridica como objectos dos desmembramentos da propriedade. Assim acontecia as *res publicæ quæ populi romani sunt*. (P. Villems, Dir. Publ. Romano, pag. 89 e 90)

No direito moderno os mesmos principios se veem mais ou menos estabelecidos.

A lei franceza de 3 de Maio de 1841 regulou em França o assumpto, quanto ás formalidades a preencher para effectuar-se a desapropriação no interesse do senhor dominante. (Demolombe, n. 1056; Arntz, n. 1213; Laurent n. 339).

A sahida da coisa do commercio, importa na frase de um romanista moderno—a *perda legal*—da mesma coisa. Esta perece, para os efeitos dominicaes, consequentemente para as que resultão dos desmembramentos. (Maynz, § 144, nota 15).

PARTE ESPECIAL

SECÇÃO I

Servidões urbanas.

195. — Estas servidões podem ser constituídas por força da lei ou por convenção. Já, anteriormente, fizemos sentir a importancia da classificação das servidões em *legaes* e *convencionaes*.

Nas primeiras incluímos as que alguns códigos modernos denominarão *naturaes*, por serem oriundas da situação dos lugares dos prédios, dominante e serviente. Do preceito da lei, que as reconhece e dá-lhes existencia jurídica, independente de qualquer acto de constituição produzido pela vontade humana tirão ellas a sua substancia; não é, conseguintemente, descabida a ampliação da denominação *legaes* a essa especie de servidões.

Outrosim, fizemos, em ocasião opportuna, sentir que a denominação de *servidões convencionaes* é imperfeita, por incompleta. Effectivamente, escápio á essa epigraphe as servidões constituídas por acto de ultima vontade.

Adoptamos de preferencia a denominação de servidões *constituídas por facto humano*. E' a denominação dos códigos francez, italiano, portuguez e outros.

TITULO I

SERVIDÕES LEGAES

Servidão negativa de janellas e frestas.

Fonte: *Ord. do Livr. 1.º tit. 68 § 24:*

Qualquer pessoa, que tiver casas, póde nellas fazer eirado com peitoril, janellas, frestas e portaes, quanto lhe aprouver, e alçar-se quanto quizer, e tolher o lume a qualquer outro visinho dante si. Porém, não poderá fazer

frestas, nem janellas, nem eirado com peitoril, sobre casa, ou quintal alheio, porque o descubra, que stê junto á parede, onde quer fazer a janella, fresta ou eirado, sem cousa alguma se metter em meio. Mas bem poderá fazer eirado com parede tão alta que se não possa encostar sobre ella, para ver a casa, ou quintal de outrem. E assim poderá fazer na sua parede, sobre o telhado, ou quintal de outrem, séteira, pela qual sómente possa ter claridade. E quando o outro, sobre cujo quintal, ou telhado se faz, se quizer levantar, poder-lha-ha fazer tapar, posto que seja passado anno e dia, ou outro qualquer mais tempo, que stiver feita.

196. — É vedada a abertura de janellas e frestas sobre o predio do visinho; porque do contrario seria elle exposto a ser devassado a todo o momento. A restricção do principio que permite a qualquer proprietario abrir em sua casa as janellas e frestas que lhe aprouver, operada por utilidade do predio visinho, em favor do qual unicamente é concedida, importa verdadeira servidão negativa, que a lei estabeleceu em protecção e resguardo do recesso da vida intima, cujos actos não devem ser expostos á indiscreta investigação do visinho. *Para vêr a casa ou quintal de outrem.* Estas expressões da Ord. cit. com referencia á construcção do terraço accentuão bem que o pensamento do legislador foi esse, que aliás lhe attribuem todos os escriptores do nosso direito que tratárão a materia.

Não é somente comprehensiva da prohibição referente ás janellas e ás frestas a servidão negativa de que tratamos; estende-se, igualmente, á edificacção de terraços, pois destes se póde devassar os jardins, quintaes e áreas dos visinhos.

Consequentemente, todas as vezes que cessar a causa da prohibição cessa a razão da constituição da servidão e esta não se reputa firmada.

Assim, por expressa disposicção da lei, ella não se constitue:

a) Quando entre as janellas ou frestas e o predio do visinho houver algum espaço de permeio, o qual, segundo concordão os D. D.

deve ser o mesmo do § 33 da cit. Ord. isto é, de vara e quarta. (*Lafayette*, Dir. das Cousas, § 126, n. 3; *Lobão*, Casas, §§ 141 e 157; Consolid. das Leis Civis, art. 939 e nota 8.^a; *Ribeiro de Moura*, Manual do Edificante, §§ 137, 139 e 140).

b) Quando em vez de janellas e frestas se houver aberto *seteiras* pelas quaes apenas entre a luz, e que estejam altas bastante para impedir que por ellas se lance olhares para o predio visinho. Nestas condições as *seteiras* não dependem de estar a parede separada do predio do visinho pelo espaço de vara e quarta (*Lobão*, Casas § 168; *Lafayette* Dir. das Cousas, loc. cit.); mas não constituem servidão affirmativa em favor do predio que se possue. D'ahi o direito, que assiste ao senhor do predio visinho, de tapal-as com o seu edificio, quando lhe aprouver levantar este (Ord. cit.; *Lobão*, Casas, § 168 e seg.; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 126; *Ribeiro do Moura*, Manual do Edificante, § 153 e seg.; Consolid. das Leis Civis, art. 945).

c) Quando o terraço fôr fechado do lado do vizinho por parede tão alta que torne impossivel o devassamento do predio contiguo. (Ord. cit.; Consolid. das Leis Civis, art. 943; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 126.)

197. — E' licita a convenção que tenha por fim fazer subsistir esta servidão negativa ainda quando entre os predios medeie o espaço de vara e quarta?

A vontade das partes terá, por outro lado, poder bastante para excepcionar no preceito da Ordenação, e fazer com que se possa abrir janellas e frestas ou construir terraço, ainda que não medeie o espaço exigido pela lei, entre um e outro predio?

A primeira duvida é solvida pela affirmativa por *Lobão* (Casas, § 165) apoiado nas autoridades de Ferreira, Bagna, Mendes e outros.

Segundo esse autor, o senhor do predio serviente pôde renunciar á faculdade que lhe outorga a lei de abrir janellas e frestas sobre o predio vizinho desde que conserve o espaço de vara e quarta. A renuncia, assim realizada por meio de contracto, opera o effeito de não poder o serviente abrir taes janellas e liga os seus successores. (*Lobão*, obr. e § citados.)

Esta solução, com a qual concorda o *Manual do edificante*, § 145, é incontestavelmente juridica.

A disposição da Ordenação não importa preceito imperativo em referencia ao serviente. A hypothese regida pelo seu § 24 é a de uma servidão negativa, resolúvel em proveito do serviente pelo meio ali facultado; a renuncia deste meio é um direito do serviente; direito que não lhe pôde ser desconhecido sem que se dê subversão de noções juridicas muito accentuadas, *Ejus est non nolle, qui potest velle*, diz Ulpiano. (L. 3.^a D. de regul. juris). Este brocardo tem inteira applicação ao caso.

198. — Como desconhecer, igualmente, o direito, por parte do senhor da servidão negativa, de facultar ao serviente a abertura das janellas e frestas, sem guardar o espaço de vara e quarta exigido no § 33 da Ordenação citada, e que é a *cousa alguma*, que o § 24 exige que se metta de permeio dos dous predios?

A consequencia de tal convenção é que o dominante não pôde mais utilizar a faculdade que lhe reconhece a lei; antes sujeita-se a uma servidão de luz e de vista, constituida em favor do primitivo serviente.

Deve ser, pois, affirmativa a resposta á segunda questão.

199. — Mais escabrosa nos parece a solução de outra duvida. Perde o serviente o direito de abrir as janellas e frestas, se, tendo procurado fazel-o, encontrou resistencia no senhor dominante, ainda que o mesmo serviente levasse a effeito o seu intento deixando entre os

predios o espaço de vara e quarta, uma vez que depois da opposição do dominante tenha decorrido o tempo da prescrição?

Lobão, citando Bagna, Portugal, Strykio, Cabedo, e outros, resolve pela affirmativa. A nosso vêr, esta solução não é jurídica, antes vai de encontro ás noções fundamentaes das servidões.

Ha uma apparencia de procedencia na opinião daquelle jurisconsulto; reduzamol-a ás suas justas proporções, antes de proseguir.

O dominante utiliza-se de um facto juridico: a perda, por prescrição extinctiva, dos direitos do serviente; perda que redunde em proveito e augmenta o patrimonio de direitos exigiveis pelo dominante pois que o predio que não póde ser devassado por janellas e frestas, ainda arredadas de vara e quarta, tem maior valia do que o que estiver sujeito a esse onus. Em contrario a esta tenuissima apparencia de procedencia estão, já o dissemos, as noções capitaes da servidão.

Prescrever contra a liberdade do predio serviente é admittido nos casos restrictos de constituição da servidão por prescrição; esta se opera, dados todos os requisitos de posse, justo titulo e boa fé; como, porém, admittir, sem grande absurdo, que o serviente perca por aquelle meio, e contra direito expresso, uma faculdade que é corollario do principio geral e capital na materia: que todos os predios são livres?

Si o serviente quizer usar do direito que lhe concede o § 24 da Ordenação liv. 1.º tit. 68, de abrir janellas e frestas, guardado o espaço de vara e quarta, a opposição do dominante não crea em favor deste a posição de prescribente de uma vantagem ou augmento de servidão, porque falta-lhe o justo titulo e a fundada razão de prescrever. Elle pretenderia prescrever contra claro preceito de lei: a sua prescrição importaria trazer ao acto violento da opposição ao exercicio do direito garantido no § 24 da Ordenação citada a sancção do tempo; como se este pudesse tornar valido pelo lapso de dez annos o acto nullo por violação de

texto expresso de lei. A opinião que sustentamos é a geralmente adoptada. (*Ribeiro de Moura*, Manual do edif., § 146; *Lafayette*, § 126, n. 3 ibi: " se entre um e outro predio medeia o espaço de vara e quarta ou mais, FALLECE UMA DAS CONDIÇÕES ESSENCIAES DE SERVIDÃO. ")

200. — O espirito da Lei revela-se antes favoravel á prescripção da liberdade do predio serviente. Si o dominante houver aberto as janellas e frestas, sem conservar o espaço de vara e quarta, e mantiver este estado de cousas durante anno e dia sem opposição do dono do edificio contiguo estabelece-se a prescripção em seu favor. A lei quiz protegê-lo por um prazo mais curto do que o da prescripção ordinaria. (Ord. cit., § 25.) Neste caso, a consagração do principio que favorece a liberdade de abrir janellas, frestas, etc., imporia a constituição de uma verdadeira servidão activa sobre o predio vizinho. (Consolid. das Leis, art. 937; *Mühlenbruch*, § 282.)

O que se deva entender por seteiras, e quaes as dimensões que devão ter, foi thema de larga discussão entre os reinicolas e objecto de desaccôrdo em referencia aos julgados dos tribunaes, como o refere Pêgas á Ordenação do liv. 1.º, tit. 68, §§ 24 e 25. Não merece, porém, grande apreço essa discussão, algum tanto pueril, que visava a demonstração da identidade da *seteira* e da *goteira*, quando das expressões do § 24 da Ordenação do liv. 1.º, tit. 68: *seteira, pela qual sómente possa ter claridade*, bem se deduz que, sendo o fim da seteira unicamente a entrada da luz, não deve offerecer altura nem largura sufficiente por onde se possa lançar residuos ou lixo, ou metter a cabeça para devassar o predio alheio. (*Lobão*, Casas, § 169 *in fine*.)

Si, porém, o proprietario houver feito seteiras regulares, e depois alargal-as, dando-lhes dimensões de janellas?

O vizinho tem o direito de oppôr-se por meio da acção confessoria a esta violação do direito da servidão negativa que possui; si deixar de utilizar-se deste recurso legal durante o tempo da prescripção



marcado para tais casos no § 25 da Ordenação citada, perde o da oposição, subsistindo ao proprietário o direito de manter as seteiras assim ampliadas. (Lobão, Casas, § 171.) Esta doutrina de Lobão não é aceitável, porque a referida Ordenação, no § 24, é expressa em não reconhecer o direito de prescrição para as seteiras, as quaes poderão sempre, isto é, a todo o tempo, ser tapadas pelo dono do predio vizinho, elevando este a construção que possuir.

201. — As limitações ao direito de abrir janellas sobre o predio do visinho, desde que se conserve o espaço de vara e quarta, que Lobão pretende estabelecer, nos §§ 172 e 173 do seu “Tratado das casas”, fundado em opiniões de reinícolas, não são aceitáveis hoje. Restringir esse direito quando *por emulação se abre janellas sem necessidade* é aventurar uma limitação que não está no espirito da lei. Esta supõe que, desde que seja conservado o espaço intermedio exigido, não ha prejuizo para o visinho na abertura das janellas; si esta se effectua sem grande utilidade para o proprietario, o visinho nada tem com isso, desde que pela observancia dos preceitos e exigencias da lei está ao abrigo de qualquer damno.

É verdade que Phebo (Decisão 73) refere ter sido julgado, em sentido contrario á abertura de janellas quando feitas por emulação. *Optimé judicatum fuit*, diz aquelle praxista, (Decis. cit. n. 8) *edificare non posse, quia videbatur voluisse ædificare ad æmulationem. Solum enim quis potest ædificare animo proficiendi sibi, non verò ad æmulationem alterius*. E no n. 10 acrescenta: *Dicetur autem fieri ad æmulationem, quando ædificans nullam utilitatem ex eo ædificio percipiat*.

O proprio Phebo, porém, nos seguintes periodos torna de nenhuma applicação pratica esta restricção, já porque não admite presumpção e sim exige prova completa da *emulação* o que é impossivel dar, porque o competente para avaliar da utilidade da janella é o proprietario da casa; já porque admite que a janella seja aberta, ainda

com prejuízo do vizinho, *etiam ut vicino noceat*, desde que haja utilidade para o prédio e se observe o preceito da lei, e isto: *quia causa utilis nempe animus sibi proficiendi, non debet vitari ex causa inutili, nempe ex animo nocendi alteri*. (Decisão cit. n. 12).

202. — Em que casos pôde ser o proprietário, que abriu as janellas sobre o prédio vizinho, obrigado a pôr nellas grades de ferro?

A razão da duvida é que o direito de abrir taes janellas, desde que se guarde o espaço exigido pela lei, é, como fizemos sentir, amplissimo. Não pôde ser imposta, em regra, ao proprietário a obrigação de pôr grades nas janellas; pois que estas podem tornar mais limitado o exercício d'aquelle direito. A regra é, conseguintemente, que as grades pôdem ser postas pelo proprietário, por utilidade propria. Assim, se elle houver adquirido as janellas pela prescrição de anno e dia e houver collocado as grades, estas só poderão ser retiradas por sua vontade, nunca por exigencia do vizinho (*Lobão, Casas, §§ 186 e 187*).

203. — Pôde, porém, haver casos em que ao vizinho assista o direito de obrigar o proprietário a collocar grades nas janellas que dão para o seu prédio, jardim ou chacara.

O commum dos autores concorda em que seja admissivel esta exigencia:

a) Quando das janellas se lanção sobre o jardim do vizinho residuos, detritos e immundicies. (Peg. á Ord. do Liv. 1.º, tit. 68 § 22, ns. 34 e 35, e ao § 18, n. 45; *Lobão, Casas, § 189*;

b) Se das janellas resultar damno ao vizinho, por facilitarem assaltos ou invasões sobre o prédio: — *Si tractu temporis periculum ingrediendi in domum, vel vicini viridarium detur, aut uliquod damnum fuerit causatum, clathris ferreis muniri dehet fenestra, quamvis dicta*

fenestra in superiori loco sit collocata, (Ferreira, de nova oper., L. 2.º, Disc. 9.º n. 42; *Pecchio*, de servit. C. 8, Liv. 26, n. 3);

c) Quando das janellas se póde facilmente descer para o telhado ou jardim do vizinho (*Lobão*, Casas, § 191);

Fóra destes casos, não póde o proprietario collocar as grades em suas janellas senão voluntariamente, sem que o vizinho tenha o menor direito de formular exigencia nesse sentido. (*Lobão*, Casas, §§ 186, 187 e 193.

204. — No direito moderno exige-se a grade sempre que se abre janella ou fresta em uma parede de meiação. (Cod. Civ. francez, art. 676; Cod. Civ. italiano, art. 584; Cod. Civ. do Chile, art. 875; Cod. Civ. do Uruguay, art. 579); no que o não acompanha o nosso direito, cujo ultimo estado consta dos principios e regras que deixamos referidos.³³

³³ Os interpretes do direito romano, e á frente delles Bohemero (§ 282), confundem, no geral, a servidão de não abrir janellas *fenestrarum* ou *luminis immittendi*, com a servidão *luminum*. (Maynz, § 132, nota 12; Vinnio, Inst., Liv. 2, Tit. 3.º, ns. 8 e 9). O estudo reflectido dos textos revela, porém, que os jurisconsultos romanos não fazião essa confusão.

Na Lei 40, D. de *servitutibus prediorum urbanorum* dá Paulo ideia do caso em que se exercitava a servidão *luminis immittendi*, nos seguintes termos: *Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt aperto pariete communi, nullo jure fenestras immisisse respondi*.

Uma Constituição de Zenon (L. 12 Cod. de edificis privatis) completou o delineamento dos traços característicos dessa servidão.

Resulta do confronto destes dous textos:

a) Que a abertura de janellas não era permittida senão quando os edificios construidos de novo se achavão em distancia, um do outro, de doze pés: *duodecim pedum intervallum in medio domorum definimus* (§ 3.º da Const. cit.); ou quando reconstruidos separados pelo espaço de dez pés: *fenestras facere, nisi decem pedes in medio intercedant*.

b) Que fóra desta hypothese a servidão sómente se constituia por prescripção (*Molitor*, Servit., n. 43, pag. 349).

Voët foi de todos os commentadores o que em traços mais salientes delineou a servidão negativa, que os compiladores Felippinos passarão para o § 24 da Ord. do Liv. 1º, Tit. 68.

Opposita huic, diz aquelle romanista, *est servitus luminis non aperiendi, qua vicinus constituit, se in suo pariete fenestram non aperturum, idque in predii vicini utilitatem* (Voët, de servit. pred. urban.; n. 10).

Da confusão que os demais interpretes fizeram entre as servidões *luminum* e *luminis imittendi* ou *fenestrarum* proveio o dizer Molitor, que aliás impugnou essa confusão, mas parece influenciado por ella, negativa a servidão *fenestrarum* ser afirmativa e *luminum*, collocando esta em paralelo com as servidões *non altius toniendi*, *ne luminibus officiatur*, *prospectus* ou *ne prospectui officiatur*, o que não é exacto.

A servidão *luminum* consagrada nas Leis 4, 16, 17 e 22 do Dig. de *servitut. prd. urban.* é accentuada por Voët nos seguintes termos: *Luminum servitus non ea est, qua vicinus licentim habet lumina, seu fenestras, in suo proprio pariete aperiendi; id enim libertas est, licet paries prope confinium positus est, sed potius, qua vicinus licet in vicini pariete lumina habere; seu, qua vicinus cogitur lumina seu fenestras vicini in suo pariete pati et excipere.* (Voët, loc. cit. n. 9.)

A servidão *fenestrarum* era negativa no Direito Romano, como bem patente o tornou Voët no trecho que acima transcrevemos; a servidão *luminum*, ao contrario, era positiva ou affirmativa.

A Lei 4.^a Dig. de *servitut. prd. urban.* não deixa duvidas a este respeito: *Luminum in servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat*, diz Paulo.

Ora segundo o proprio Molitor (n. 43, pag. 350) *lumen excipere* quer dizer receber a luz, não pôr obstaculo tendente a interceptar a luz, isto é, *soffrer* a servidão: esta consiste, pois, neste caso, *in patiando* e não *in non patiando*: é affirmativa e não *negativa*, como pretende Molitor.

Em favor desta nossa opinião está a autoridade de Voët, cujo sentir se revela nas seguintes expressões já por nós transcriptas: *qua vicinus cogitur lumina seu fenestras vicini in suo pariete PATI ET EXCIPERE.* (Voët, da *servit. prd. urb.*, n. 9.)

O Codigo Civil francez incluiu na secção 3.^a do cap. 2.^o, em que tratou das servidões estabelecidas pela lei, a prohibição de abrir janellas sobre predio visinho, nos seguintes termos: “On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d’aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l’heritage clos ou non clos de son voisin, s’il n’y a dix neuf décimètres (six pieds) de distance entre le mur, où on les pratique, et le dit héritage (art. 678). On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s’il n’y a six décimètres (deux pieds) de distance (art. 679) “.

Os commentadores francezes não considerão esta limitação de direitos dominicaes como uma servidão negativa; Demolombe não vê na limitação da faculdade de abrir alguém em seu predio as janellas e frestas que lhe aprouver, outra cousa mais do que uma modalidade no exercicio do direito de propriedade, imposta pela lei em favor da co-existencia dos direitos dominicaes dos outros que convivem no estado social. (*Demol.*, n. 580; pag. 63 *princ*) E’ esta igualmente a opinião de *Laurent*. (*Princ. de Dir. Civil*, vol. 8.^o, ns. 40, 59 e 60.)

No emtanto admite o mesmo Demolombe, de acôrdo com a jurisprudencia franceza e contra a belga, que o facto de manter o senhor do predio janellas e frestas sobre o do visinho, sem observar o espaço exigido pelas disposições do Codigo, durante o tempo de prescrição, firma em favor desse predio um direito de servidão, ficando o visinho privado de exigir a tapagem ou oclusão das janellas, ou que seja dado, entre ellas e o seu predio, o espaço marcado na lei.

No direito moderno está, pois, accetida a restricção de propriedade dos §§ 24 e 25 da Ord. do Liv. 1.^o tit. 68, com uma differença, porém: a exigencia da lei franceza, de guardar o espaço de *seis pés*, é condição para se constituir a servidão, ou prohibição imposta ao predio e que importe, em favor do visinho, uma servidão negativa? Conforme o aspecto sob o qual se apreciarem as cousas, será ou não affirmativa a solução. Os nossos escriptores, conforme já o fizemos vêr, dão como fundamento da exigencia do espaço de vara e quarta entre um e outro predio o diminuir o devassamento do predio visinho; mas não é esse o fundamento que se deduz da doutrina dos commentadores francezes.

Estes reconhecem que a servidão *de vista (vues)* não tem outro fim senão permittir que o olhar se espraie pelos lugares circumvisinhos; por conseguinte a exigencia do espaço de seis pés parece ter por fim evitar que a servidão seja desnaturada, utilisando-se das janellas para lançamento de residuos, etc, etc. Segundo o ponto de vista dos escriptores do direito portuguez e commentadores da Ordenação, a exigencia do espaço, no presupposto de que assim não será devassado o predio visinho, constitue uma verdadeira servidão negativa, cujo objecto é privar de abrir janellas no predio proprio para olhar sobre o quintal, jardim ou casa do visinho. No modo de apreciação dos escriptores francezes, o direito de abrir janellas para impôr servidão da vista estando

Servidão de metter trave (Tigni Immittendi)

Fonte: *Ord.*, do liv. 1.º Tit. 68 §§ 35 e 36:

E ninguém poderá metter trave em parede, em que não tiver parte: porém se quiser pagar metade do que a dita parede custou ao senhor della, poderá nella madeirar, sendo a parede para isso.

E se em alguma parede dentre dous vizinhos estiverem mettidas traves, e não constar que este, que as taes traves tem mettidas, tenha parte na dita parede, e o outro vizinho tiver madeirado na mesma parede mais alto que o seu madeiramento, este, que mais baixo tiver madeirado, poderá metter quantas outras traves quiser, donde tiver mettidas as primeiras, para baixo. E d'ahi para cima não poderá metter outras mais traves, nem madeirar, salvo se comprar ao dito seu vizinho, que está madeirado mais alto, a metade da dita parede, ou se concertar com elle.

205. — O delineamento dos traços característicos desta servidão tem sido objecto de controversias, e das opiniões, mais ou menos extremadas, que tem sido produzidas, acceitamos a unica que nos

sujeito e adstricto á necessidade de guardar o espaço intermedio, da-se pela abertura das janellas uma verdadeira servidão positiva.

São de inteira applicação ao nosso direito as seguintes conclusões ou corollarios, que os commentadores francezes tirão dos preceitos fecundos dos arts. 678 e 679 do respectivo Codigo:

a) A exigencia da interposição do espaço de seis pés entre as janellas e o predio vizinho não tem lugar si o terreno, que medear entre um e outro predio, pertencer ao dominante, ou ao proprietario deste, e tiver, mais ou menos, as dimensões exigidas pela lei, ou pertencer aos senhores de ambos os predios, ou fôr uma via publica— rua ou estrada. (*Demolombe*, Servit., ns. 564, 565 e 566; *Pardessus* ns. 203 e 204; *Solon*, Servit., n. 294; *Laurent*, Obr. cit., ns. 46, 47, e 48; *Arntz*, n. 1141; *Mourlon*, n. 1788; *Vergé et Massé*, sobre *Zachariae*, not. 15 ao § 329.)

b) Si as janellas derem sobre um muro que separe um predio do outro, não se exige o espaço de permeio, salvo si mais tarde o muro fôr destruido. (*Demolombe*, n. 558 e seg.; *Pardessus*, n. 204, pag. 457; *Mourlon*, n. 1788; em contrario: *Vergé et Massé*, *Zachariae*, not. 10 § 327; *Laurent*, n. 44.)

c) Si as janellas tiverem sido abertas sem que se guardasse o espaço de permeio, e se mantiverem abertas durante o tempo necessario para a prescripção, firma-se a servidão nestas condições. (*Demolombe*, n. 577 e seg.; *Laurent*, n. 61 e seg.; *Massé e Vergé*, sobre *Zachariae*, not. 16 ao § 329; *Mourlon*, n. 1793 e seg.)

d) A prohibição referente ás janellas comprehende igualmente os terraços construidos sobre as casas, denominados *sotéas*; podem estes, porém, ser construidos desde que se guarde o espaço de seis pés. (*Demolombe*, n. 553; *Solon*, n. 287; *Pardessus*, n. 204; *Laurent*, n. 55.)

e) Não se entende, porém, com as construcções provisórias, nem com os depositos de materiaes sobre os quaes se possa devassar a propriedade do vizinho. (*Demol.*, n. 574; *Solon*, n. 297.)

parece estar de acordo com os termos explicitos dos paragraphos da Ordenação já transcriptos e que são no nosso direito a fonte da materia.

A servidão que nos preoccupa é a legal; não a convencional, que procede de contracto expresso entre as partes, ou dimana da posse dos actos da servidão durante dez annos entre presentes e vinte entre ausentes; tempo necessario para a prescrição acquisitiva, havendo justo titulo.

Em que consiste, porém, a servidão legal, segundo as disposições dos dous paragraphos da Ordenação?

A razão de duvidar está nos termos empregados na lei.

O principio geral a deduzir do § 35 da Ordenação é que ninguém póde metter trave na parede alheia. Para derogar este principio, ou antes para cessar a prohibição, exige o referido paragrapho, que, quem quizer construir sobre a parede alheia *pague a metade do que a dita parede custou ao senhor della*. Mas este facto importa o condominio sobre a parede, e, desde que um individuo tem condominio sobre ella, a faculdade de metter traves é resultante do seu direito de propriedade e não mais de servidão alguma.

O § 35 da Ordenação não trata, pois da hypothese de ter alguém servidão de melter traves sobre parede alheia, mas sim de praticar esse acto sobre predio seu, exercitando um direito dominical.

O § 36 parece mais favorecer a possibilidade de uma servidão, que teria lugar quando o visinho houvesse mettido traves na parede, cuja metade lhe não pertencesse, e adquirisse, como prescrição, o direito de sómente continuar a ter traves do lugar em que já houvesse travejado para baixo, respeitando as que o proprietario da parede houvesse collocado em lugar superior da mesma, *salvo se comprasse ao dito seu visinho, que tivesse madeirado mais alto, a metade da dita parede, ou se concertasse com elle*.

No entanto, tem-se julgado fundada nestas disposições a servidão legal de metter trave, a qual consiste no facto de ser o proprietario obrigado a consentir que o visinho colloque o madeiramento na parede, desde que se proponha a pagar a metade do que ella custou. E' uma verdadeira limitação legal do dominio, pois, ninguem é obrigado a vender contra vontade aquillo que lhe pertence e admittir assim *vi legis* um condominio que póde repugnar-lhe.

É esta a noção da servidão no direito moderno, como se póde deduzir das expressões accentuadas do art. 661 do Codigo civil francez.

Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maitre du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur le quel le mur est bâti. (Conf. Cod. Civ. Italiano, art 556; Cod. Civ. do Uruguay, art. 565; Cod. Civ. do Chile, art. 854; Cod. Port., art. 2328).

206. — Não nos parece, portanto, exacta a doutrina professada pelo Sr. Lafayette na nota 2 ao § 127 do seu "Direito das Cousas." A indemnisação da metade do custo da parede, não é o preço da servidão; é uma verdadeira compra, para estabelecimento do condominio; já porque o contrario fôra desnaturar as cousas ao ponto de pretender-se que a aquisição e pagamento da metade da parte do predio onde se localisa a servidão seria um meio de fixar esta, derogando o principio que veda ter servidão sobre o predio proprio: já porque o § 36 da Ordenação citada resolve todas as duvidas, permittindo que o visinho possa collocar traves na parte superior da parede onde madeirou o proprietario — *se comprar ao dito seu visinho, que está madeirado mais alto, a metade da dita parede, etc.*

A paga da metade do preço ou custo da parede não é a indemnisação da servidão, é o meio de estabelecer o condominio. (Vid. arts. citados dos Cods. Francez, Italiano etc.)

A servidão consiste no direito de impôr esse condomínio para que se possa praticar o acto de madeirar na parede alheia. (*B. Carneiro*, § 50, ns. 6 e 10; *Lobão*, §§ 90, 92 e 93.)

A consequencia disto é que a servidão *tigni mimittendi* não se accentúa bem entre nós, a não ser quando é convencional; a servidão legal não se constitue senão nos casos e do modo que acima exposemos. É ainda prova disso o que se observa no direito francez: o art. 661 do respectivo Código Civil dá claramente a entender que a servidão consiste em impôr a meiação da parede ao proprietario; tanto assim é que a secção do mesmo Código, que tem por titulo — *du mur et du fossé mitoyen* — está incluída no tit. 4.º que tem como epigraphe: — *Des servitudes, ou services foncièrs*.

207. — O modo pratico de constituir a servidão é: ser requerida a avaliação da parede por peritos (mestres de obras, pedreiros); depositado o valor que o juiz houver estipulado, homologando os laudos; e, julgada procedente a acção, que é summaria, na sentença ordenar o juiz se passe mandado de levantamento da importancia da meiação da parede em favor do dono desta, depois de condemnal-o a admittir que o A. possa alli travejar. A condemnação das custas recahe sobre o Réo, segundo a regra geral de processo. (*Lobão*, Casas, § 89, notas 4 e 5; *Lafayette* Dir. das Cousas, § 127.)

208. — As despesas de conservação da parede competem ao dominante, como é principio capital em todas as servidões. (Molitor, Servit., n. 39; Voët. de servit, præd. urban, n. 2; *Pecchio*, de Servit., cap. 6, L. 1, n. 5; *Lobão*, Casas, § 94; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 127); tem elle, porém, a faculdade de abandonar a servidão para libertar-se desse onus. (Cod. Civ. franc, art. 656; *Mourlon*, n. 1737; *Demolombe*, Servit., n. 388; *Lobão*, Casas, § 91; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 127.)

209. — O direito de *metter traves* em uma parede não resulta, porém, sempre de uma servidão; esta é mesmo de delineamentos

muito pouco accentuados quando se trata da servidão legal, mas pôde fundar-se, como mais geralmente acontece, em um condominio estabelecido segundo as normas de direito reguladoras da aquisição do dominio; pôde, todavia, dar-se o caso que a presumpção deste deva ser estabelecida perante a allegação da propriedade exclusiva, produzida pelo oppoente aos actos de madeiramento.

Como estabelecer-se a presumpção da propriedade exclusiva? Como a do condominio? Quaes os signaes indicativos de uma ou de outro?

A regra, antes de tudo, é favoravel á presumpção do condominio ou meiação das paredes divisorias; a prova em contrario deve ser, senão directa, fundada em titulo ou em depoimento de testemunhas, ao menos deduzida de indicios muito vehementes (*Lobão*, Casas, §§ 96 e segs.; Dir. das Cousas, § 127; *C. da Rocha*, § 595).

Pelo simples facto de admittir prova em contrario, vê-se que a presumpção da meiação das paredes é *juris tantum* (Demi. n. 331) e não *juris et de jure* como erradamente suppõe *Masselin* (Traité pratique sur les murs mitoyens, n. 4); pôde-se dar, conseguintemente. o caso de conflicto de provas entre a allegação de meiação e a de propriedade exclusiva. Tal conflicto sómente pôde ter lugar em referencia ás provas por indicios; no caso de não ser claramente provado o dominio exclusivo, prevalece a presumpção legal da meiação.

Quaes são todavia os *indicios* da meiação? quaes os da propriedade exclusiva?

210. — Apezar da presumpção da meiação nas paredes divisorias, tem importancia o saber-se quaes os indicios que a firmão ou a excluem, para o caso de ser esta communhão contestada; o que pôde occorrer quando, sendo preciso fazer concertos na parede divisoria, um dos visinhos disser que ao outro competem os dispendios de taes concertos, pois que elle reclamante apenas tem sobre a parede a servidão

tigni imittendi, e o outro contestar dizendo que a parede é de propriedade de ambos, ou de meiação (*Lobão, Casas*, § 95). Não havendo outro meio de provas recorre-se á *indiciaria*.

Qual é ella para um e outro caso?

Antes de tudo, a parede póde ser de meiação *pro diviso* ou *pro indiviso*. Comquanto pareça não haver grande rigor juridico nestas expressões, todavia os factos as justificão amplamente.

Dizem os escriptores que se dá o primeiro caso sempre que a utilização da parede divisoria operar-se por metades, por ex.: quando houver sido travejada até o meio (*Cepol.*, de servit. Cap. 40, n. 11); ha, pelo contrario, indivisibilidade na communhão, quando no uso da parede revelar-se indiscriminação de partes, por ex.: se ambos houverem travejado de lado a lado, isto é, em toda a espessura da parede (*Cepol.* loc. cit..) A presumpção é porém, em regra, favoravel á copropriedade divisa (*Lobão, Casas*, § 97).

Os indicios de meiação nas paredes divisorias mais geralmente aceitos na pratica do fôro são os compendiados por Constantino (ad Stat. Urb.. annot. 23, art. 2, n. 93 e seg.) *Cepolla*, (De servit., Cap. 40) e *Ferreira* (de Nov. Oper, L. 2, Desc. 11) que *Lobão* transcreveu integralmente no seu Tratado das Casas, nos §§ 98 e 99.

A extensa nomenclatura que fazem os D. D. póde servir para exemplificar esses indicios; sómente ao Juiz do feito cabe, porém, a justa apreciação da efficacia e procedencia destes com maior acerto, segundo as circumstancias que revestirem o caso.

Para não deixarmos por nossa vez de exemplificar poupando o recurso á obra classica de Ferreira, transcrevemos a enumeração dos indicios por elle produzida nos ns. 4 e 5 do Disc. 11 do Liv. 2, d'essa obra, já por nós citada:

Communitas parietis probatur ex signis sequentibus: 1.º) quando immissio ligni non excedit dimidium parietis: 2.º) quando plures fenestræ inserviunt una uni vicino, altera alteri: 3.º) quando fenestrellæ ex utroque latere extant: 4.º) quando extant tubuli, camini, vel latrinæ non excedentis parietis medium: 5.º) quando fistulæ, canales, aquaeductus, puteus, balnea, fontes extant in medio parietis et non ultra: 6.º) quando sunt annuli in lapidibus in fixi, et ex utraque parte extant: 7.º) quando in utroque parte parietis lapides extant vités sustinentes: 8.º) quando lampodes ferreæ in utraque parte parietis extant: 9.º) quando paries est tenuis, ut super eam ædificare nemo posset; 10º) quando pars inferior, est communis, etiam pars superior communis erit: 11º) quando neuter ex colligantibus est in possessione muri: 12º) quando nulla concurrunt proprietatis indicta: 13º) quando constai ex instrumentis, et libris publicis: 14º) constat de contributione vicini ad constractionem, vel refeclionem: 15º) quando per partis confessionem constat: 16º) quando solum est commune, paries etiam est judicandus: 17º) quando paries antiquior erat communis, tunc pars superaddita communis erit: 18º) quando media communia sunt, etiã extrema erunt: 19º) quando paries habet plura stigmata: 20º) quando stillicidium non protendit in totum parietem: 21º) quando paries sustinet onera utriusque vicini, etc. etc.

211. — A prova da propriedade da parede divisória faz-se também por indícios, nos casos em que fôr impossível por meio de um título, ou prova testemunhal, depondo pessoas que vissem construir a parede divisória, ou pagar-lhe o preço da edificação, ou fornecer os materiais para ella.

Extensa e fastidiosa é a enumeração dos casos em que aquella prova resulta de factos que constituem indícios mais ou menos procedentes de tal propriedade, feita por Lobão nos §§ 124 a 135 do seu tratado das *Casas*. De toda essa nomenclatura póde-se, como regra geral, deduzir que a presumpção de propriedade exclusiva na parede divisória se deve julgar estabelecida sempre que um dos vizinhos se houver utilizado da mesma parede, praticando actos que revelem inteira disposição della, e que demandarão o consenso do outro vizinho, se fosse meeiro. Por ex.: si o vizinho tiver, elle só, posto traves de um a outro lado da parede, ou tiver aberto janellas em toda a espessura da mesma: *resultat ex fenestris*

penetrantibus totum parietem; e isto porque: habens tales fenestras praesumitur dominus, cum illas aperire non liceat in muro communi. (Constant. de Stat. Urbs., annot. 23, art. 1.º, n. 7)

No empenho de não deixarem omissos casos a que se possa aplicar a presunção de domínio singular da parede divisória, os autores fôrão levados a figurar, entre tais casos, alguns que não se podem considerar de presunção, mas de prova directa de domínio. Assim é que Ferreira, (*De novo, Oper.*, Liv. 4.º, Disc. 15, ns. 5 e 6) enumerando, aliás com critério, os casos que reputa de presunção de domínio, figura entre elles os seguintes: *Quando constat ex instrumentis et libris publicis. Quando per partis confessionem constat etc., etc.*, em que a prova directa do domínio, e não simples presunção, existe de modo positivo.

212. — No caso de condomínio, ou meiação da parede divisória, não é lícito a um só dos condôminos fazer qualquer obra sem o accôrdo do outro; o que se entende de obra que não seja metter traves para construir sobre o apoio do muro. Esta opinião de Constantino, transcripta e apadrinhada por *Lobão* (Casas, § 117) é a única aceitável no nosso direito, á vista dos termos explicitos da Ord. do Liv. 1.º, tit. 68, § 35, a qual, segundo já vimos, confere plenamente ao vizinho o direito de madeirar, desde que pague a metade do preço da parede, isto é, desde que se constitua meeiro della, sem ter mais necessidade do seu condomínio na mesma parede.³⁴

³⁴ No direito romano esta servidão não tinha o character de servidão legal; era sempre convencional. Para quando estudarmos esta classe de servidões reservamos a exposição da doutrina romana sobre a sua noção e entraremos na apreciação dos traços distintos desta servidão e da *oneris ferendi*.

No direito francez, os principios sobre este assumpto são assaz differentes dos do direito romano. Estudadas as disposições do Código Civil d'aquella nação, de accôrdo com a adiantada doutrina dos seus commentadores, resulta á sua verdadeira luz a noção exacta dessa servidão, tal como a temos attribuido aos §§ 35 e 36 da Ord. do Liv. 1.º, tit. 68; noção não apresentada em seu fundamento real pelos nossos tratadistas, que em regra, confiando uns na competencia dos outros, reproduzirão sem critica os dizeres alheios.

No Código francez a servidão de *metter trave* é apenas uma modalidade, uma feição da servidão geral de meiação (*mitoyenneté*). Como diz Demolombe (n. 310) ella consiste

TITULO II

SERVIDÕES ORIUNDAS DE FACTO HUMANO

Tigni immittendi e Oneris ferendi

213. — Incluimos sob a mesma epigraphe as duas servidões: *tigni immittendi e oneris ferendi*, porque a ultima é apenas uma modalidade da primeira. Assim o foi no direito romano, assim o era no direito portuguez das Ordenações, assim o é, ainda hoje, no direito moderno, (*Instit.* de servit, pred., § 1.º; L. 3, §§ 1.º e 2.º, D. si servit vindic.; *Voet.*, ad Pandect., Liv. 8, tit. 2º, ns. 1 e 2; *Vinnio*, *Instit.*, Liv. 2º, tit. 3º, B. Carneiro, n. 15 e seg.; *Lafayette*, *Dir. das cousas*, § 129, n. 1 e 2).

A servidão *tigni immittendi*, de que agora nos occupamos, é a que os autores chamão convencional e que no nosso titulo damos como

neste estado de communhão forçada, nessa servidão de indivisão que constitue a meiação das paredes divisorias.

Esta communhão, este estado de indivisão não póde ser confundido com a co-propriedade de uma cousa individua — *sobre a qual um communista não póde fazer innovações sem o consentimento dos outros; a meiação confere a cada um dos co-proprietarios o direito de retirar da cousa todos os serviços que ella póde prestar, segundo o seu destino habitual* (Demol., Loc. cit.)

E' este todo de regras (conclue o illustre tratadista) que constitue *o que se chama a servidão legal de meiação*. (Loc. cit. pag, 337.)

No Cap. 2.º do tit. 4º, sob a epigraphe: *das servidões estabelecidas pela lei* é que oCodigo francez, no art. 651, firma o preceito geral sobre as servidões legais de utilidade privada, e na secção 2.ª, sob a epigraphe *da parede e fosso da meiação*, trata, no art. 567, da servidão de metter trave, nos seguintes termos:

Tout co-proprietaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres, ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébouchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée.

O serviente não se póde libertar desta servidão, a não ser pelo abandono da meiação da parede: ainda um signal caracteristico.

Não entramos no estudo minucioso desta secção, porque não temos por tarefa commentar esta parte do Codigo Civil francez: a nossa referencia a taes disposições virá apenas no estudo da legislação comparada, complemento hoje indispensavel ao desenvolvimento da noção das servidões legais.

Podem ser consultados com proveito: (*Demolombe*, *Servit*, vol. 1.º, n. 307 e seg.; *Laurent*, *Princ. de Dir. Civil*, vol. 7.º, n. 494 e seg.; *Masselin*, *Des murs mitoyens, per totum*; *Pardessus*, *Servit.*, vol. 1.º, n. 142 e seg.; *Solon*, *Servit.*, n. 130 e seg.; *Zachariæ*, vol. 2.º § 321 e notas de Massé e Vergé; *Emile Accolas*, vol. 1.º, pags. 684 e seg.; *Dalloz*, *Verb. servitudes*, n. 409 e seg.)

oriunda do facto humano, acompanhando assim o systema de classificação do código civil francez, a nosso ver, mais perfeito, por comprehender, não sómente as servidões que têm a sua origem nas convenções, como as que provém de actos judiciaes, taes como as sentenças que julgão partilhas feitas nos juizos divisorios e as disposições de ultima vontade.

Na hypothese de que traíamos, a servidão se constituo por qualquer destes meios, ou ainda pela sentença que julga a prescrição, isto é, que reconhece firmada a servidão por este meio de direito.

As convenções são, porém, o modo mais commum de constituição d'esses onus reais, como já tivemos occasião de fazer notar; d'ahi a denominação de convencional dada pelos autores, a qual é de certo modo exemplificativa, porque cura da hypothese mais frequente.

Como já anteriormente expuzemos, não consideramos as disposições dos §§ 34 e 35 da Ord. do Liv. 1.º, tit. 68, como negando uma supposta servidão legal (*tigni immittendi*). As disposições referidas só tem por objecto a servidão de meiação de parede, desconhecida no direito romano, mas muito frequente no direito costumeiro dos paizes da Europa e mormente nos *costumes escriptos* da França (*Demol.*, n. 311, *Masselin*, Introd.), onde se inspirarão os codificadores portuguezes, e os modernos organisadores do código civil francez (art. 654 e 675).

Já tivemos oportunidade de expôr que esta servidão consiste em poder *madeirar* na parede alheia. A expressão *madeirar* é amplissima; comprehende não só a faculdade de metter traves, como tambem a de collocar qualquer material necessario á edificação do predio, na parede, pilar ou muralha alheias.

E' a opinião do commum dos escriptores, e a geralmente seguida na pratica, (*B. Carneiro*, § 50, n. 6 e nota (a); *Lobão*, Casas, § 92 nota 1; *Lafayette*, Dir. das Cousas, nota 3 ao § 129).

Deve ser estipulado no contracto, ou na sentença que reconhecer a existencia da servidão, o numero de traves e a qualidade do material: pedra, tijolo, ferro, etc, que se deverá collocar na parede alheia, para exercicio da servidão.

A razão desta especificação é evitar qualquer acto gravoso ao serviente, e, principalmente, dar a este o conhecimento exacto da obrigação que contrahe e do direito que lhe assiste de reclamar, no caso de pretender o senhor dominante exceder o seu direito.

Quando não existir essa estipulação, regular-se-ha o numero das traves a juizo de peritos e segundo as que forem necessarias para a obra projectada.

Póde ser augmentado o numero das traves fixado no contracto?

Voët resolve pela negativa, e com justa razão, o que não se applica ao caso de não ter sido o numero fixado no contracto, mas ao de ter este, pelo contrario, deixado ampla liberdade: " non expresse trabium aut anchorarum numero, neque immissionis causa; si quasdam immissas hibetur, aliás deinceps immitere, numerumque pro proedii sui utilitate augere non prohibetur; et quia prædiales servitutes natura perpetuæ sunt, in corruptarum locum aliás de novo substituere licitum sive quidem sivè alterius formæ... Contra servatur, si non indefinite immittendi jus tributum sit, sed ab initio trabium numerus et immittendi modus inveniatur conventionem circumscriptus, TUNC ENIM NEQUE PLURA IMMITTERE, NEQUE FORMAM IMMISSIONIS MUTARE LICET. (Voët, Pandect., Liv. 8.º, tit. 2, n. 2; *B. Carn.*, §50, n. 12; *Lafayette*, Direito das cousas, § 129, n. 2; *Lobão*, Casas, § 93).

214. — A fonte desta servidão no direito romano está nos seguintes textos: Liv. 2 e 6, Dig., de servit. præd. urban; Liv. 8.º, §§ 1.º e 2.º, e Liv. 14, Dig., si servit. vindic; L. 18, § 2.º, quemad. servit. amitt.; *Instit. de servit. præd.*, § 1.º.

Delineada nesses a largos traços a sua completa formação, foi deixada às convenções particulares, o que demonstra que naquele direito as servidões desta espécie nunca foram legais, mas sim meramente *convencionaes*.

215. — A servidão *oneris ferendi*, tal como se vê definida no Liv. 33, D., de servit. præd. urban. Liv. 6.º, § 2.º; e 8.º, § 2.º D., si servit. vindic. e no § 1.º da *Instit. de servit. præd.*, consistia, em direito romano, na faculdade de apoiar qualquer construção sobre a parede ou pilar do vizinho, o que a confundia com a servidão *tigni immittendi*, pois não mudava a sua natureza, desde que para apoiar a construção sobre a parede alheia *travejasse* n'esta, para sobre as travessas apoiar o edificio que pretendesse levantar.

216. — Distingua-se, porém, substancialmente da outra na obrigação, que impunha ao *predio* serviente, de conservar sempre em estado de integridade e solidez a parede sobre a qual descansasse o edificio dominante; consequentemente, fazia recahir não sobre este, mas sobre aquelle, a obrigação dos reparos necessários no predio serviente para o exercício da servidão, o que era contrario aos principios gerais das servidões e mormente á regra: *servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiat, aut non faciat*. (L. 15, § 1.º, D. de servitut.).

Esta differença é assignalada, como a unica existente entre as duas servidões urbanas, em textos de uma clareza incontestavel. Os §§ 2º das Leis 6.ª e 8.ª D., si servit, vindic, são formaes: *Etiam de servitute, quæ oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat, et ædificio reficiat ad eum modum, qui servitute imposita, comprehensus est*, diz Paulo na primeira das leis citadas.

Na segunda, Ulpiano não é menos explicito:

Distant autem hæ actiones inter se: quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietum meum: hæ verò locum habet ad hoc solum ut tigna suscipiat, QUOD NON EST CONTRA GENERA SERVITUTUM.

217. — O descobrir o fundamento desta aparente anomalia tem sido o tormento dos interpretes.

Ulpiano (L. 6.^a § 2.º D. si servit, vindic.) já se referia á controversia entre os jurisconsultos Gallo e Servio nos seguintes termos:

Galus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur; sed ne me facere prohiberet; non in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit; non ad eum cujus se servit. Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ed onera sua sustinenda...

218. — Do texto acima transcripto parece dever concluir-se, que era licita a obrigação, para o serviente, de refazer a parede, e que esta condição era o distintivo entre as duas servidões. Uma unica coisa se exigia: a estipulação no contrato; o que servia para dar como razão fundamental dessa excepção aos principios, que regularão os efeitos das servidões, a vontade das partes contratantes, manifestada clara e abertamente no acto constitutivo da servidão.

A consequencia era que a servidão *oneris ferendi* sómente existia quando no acto de sua constituição se estipulava a obrigação de refazer o semente a parede ou o pilar que sustentavam o edificio dominante, o conserval-o em estado de integridade.

219. — E' esta, entre os modernos interpretes do direito romano, a opinião de Gluck apoiada nas expressões: — *paries oneris ferendi uti nunc est, ita sit* — de Paulo na Lei 33, D. de Servit. prd. urban.; em contrario á de Mühlebruch, que deduz esse fundamento da obrigação que tem todo o proprietario de reparar o seu predio que ameaçar ruina; obrigação

que a previdencia romana³⁵ permittia assegurar pela *cautio damni infecti*; o que importava dizer que a obrigação era de direito commum.

220. — A opinião, que, segundo Molitor (Servit. n. 39), prevaleceu entre os romanistas modernos, é a que suppõe ser fundada a obrigação do serviente de reparar a parede ou o pilar na servidão *oneris ferendi* em o accôrdo e consenso das partes, mas que exigindo o § 2.º da Lei 8.^a do Dig. si servit, vindic. esta condição, como a unica distinctiva das duas servidões, entendia-se ser dispensavel a menção expressa de accôrdo, e ser a obrigação imposta ao serviente considerada de direito commum.

A opinião de molitor é insustentavel. Si a unica condição que distingue essas servidões, uma da outra, é a obrigação de reparar a parede e conserval-a em estado de integridade, a menção dessa obrigação deve ser expressa e a clausula distinctiva produzida de modo a não deixar que parem duvidas. O direito commum é, pelo contrario, que a obrigação de conservar os accessorios da servidão compete ao dominante e não ao serviente; si, pois, ha em referencia á servidão *oneris ferendi* uma clausula que excepçiona a esta regra, tal clausula deve ser expressa, sob pena de passar a servidão constituida a ser uma servidão *tigni immittendi*.

³⁵ No nosso direito exista igualmente esta caução, cujo effeito é a indemnisação do damno posteriormente causado. (Doutr. das Acç., edicç. Teix. de Freitas, § 97, notas 476 a 477.)

Damno infecto: quer dizer na linguagem da direito —*damno* não feito, mas ameaçado, *damno por vir*.

As acções com este fundamento nada mais são, como dizia com muito fundamento Teixeira de Freitas, do que as *acções prohibitorias*, pedindo nellas a parte queixosa caução em referencia ao damno futuro.

Compete a quem tiver receio fundado de vir a ser prejudicado pela casa do visinho, que ameaçar ruina; o pedido consiste em que se faça o reparo á custa do Réo, ou que seja a casa demolida, se não poder ser concertada. (Doutr. das Acções, § 97.)

Pelo art. 66 § 3.º da Lei do 1.º de Outubro de 1828, cabe ás Camaras Municipaes providenciar sobre os edificios ruinosos: esta competencia não limita, é claro, a das justiças ordinarias, senão quanto ao procedimento *ex-officio*, que ficou transferido para as referidas Camaras.

Quando estas não houverem administrativamente, ou judicialmente, por meio de seus procuradores, promovido a demolição das casas em ruinas, podem as pessoas ameaçadas de prejuizo pelo edificio em ruinas, intentar a acção de *damno infecto*.

O direito moderno é mais amplo na garantia aos direitos da vizinhança, pois concede o uso da acção para precaver damno futuro, ainda contra as obras novas. (Cod. do Proc. Civ. Portug., art. 487 e seg.; Cod. do Proc. Civ. Ital. art. 938 e seg..)

Si ao serviente parecer onerosa a obrigação, póde fugir-lhe *abandonando a parede*: é o unico recurso que lhe faculta a lei: *denique licere domino rem derelinquere* diz Ulp. na Lei 6.^a D. "si servit vindic " já citada.

Funda-se esta faculdade em que a obrigação de refazer a parede é *real* e não *pessoal*, isto é, onera o predio serviente e não ao proprietario "Labeo autem hanc servitute non hominem debere sed rem", diz Ulpiano, (L. 4.^a § 2.^o, D. si servit vindicer)

E' esta a doutrina que passou para o nosso direito (*B. Carneiro*, § 50, n. 20; *Lobão*, Casas, § 91; *Trigo de Loureiro*, § 495, n. 40; *Ribeiro de Moura*, Manual do edificante § 27.)

221. — No seu tratado do *Direito das cousas* — a nota 2 ao § 129, condemnou o Sr. Lafayette esta opinião nos seguintes termos:

Uma tal opinião é de todo o ponto insustentavel.

1.^o Porque é contraria:

a) A' theoria fundamental das servidões;

b) E á boa razão, porquanto manifestamente repugna á noção de justiça que aquelle cujo predio se acha onerado com uma servidão, carregue ainda com as despesas de reconstrucção e concerto em proveito de terceiro.

2.^o Porque não tem em seu favor a tradição do fôro; não se cita um só julgado nesse sentido.

3.^o Porque, finalmente o direito romano neste particular tem sido corrigido pela legislação moderna.

222. — Não nos parece aceitavel esta opinião do illustre jurisconsulto; antes os seus fundamentos carecem de procedencia, o que se evidencia, desde que se der, como julgamos tel-o feito, a unica razão que a tradição juridica tem reconhecido do encargo de reparar imposto

na servidão *oneris ferendi* ao predio serviente e que serve para estabelecer a distinção entre essa servidão e a “*tigni immittendi*”³⁶

E’ contraria, diz o Sr. Lafayette:

A’ theoria fundamental da servidão:

Dizem isto alguns escriptores, por lhes parecer atacar o principio capital: *que nenhuma servidão póde consistir em fazer* (Vinnio, cit, n. 3; Voet, loc. cit., n. 1; Accarias, n. 268, pag. 640 do 1:º vol. nota 1) e porque a regra geral é que a reparação de todas as obras necessarias para o exercicio da servidão corram por conta e a cargo do dominante, ainda que devam ser feitas no predio serviente. (Accarias, loc. cit.)

A resposta terminante a estas considerações parecenos existir nas seguintes palavras de Molitor (Servit. n. 39):

On peut donc dire que ce qu’il y a d’anormal dans la servitude *oneris ferendi* ne porte que sur ces effets, car en générale c’est au propriétaire du fond dominant á faire tout ce qui requiert l’exercice de son droit; et ce ne sont lá que les effets naturels de la servitude et non pas ses conditions essentielles. OR IL EST DE REGLE QUE LES PARTIES PEUVENT DEROGER PAR LEURS CONVENTIONS AUX EFFETS NATURELS D’UN ACTE; ces’t pourquoi nous voyons Paul

³⁶ Que a não ser essa distinção, nenhuma outra existe, já o deixamos dito: convem, todavia, insistir.

Os textos são explicitos no direito romano, como o fizemos ver, e as opiniões dos interpretes não offerecem variantes sobre este ponto (Voet, Pandect., Liv. 8.º tit. 2.º, n. 1 e 2; Vinnio, Instit., Liv. 2.º tit. 3.º, n. 3; Molitor, Servit., n. 39; Maynz, § 133; Accarias, n. 268.)

Isto quanto ao direito romano.

No nosso direito a servidão *tigni immittendi* não consiste unicamente em madeirar no predio alheio, mas em apoiar qualquer construcção ou edificio sobre esse madeiramento, sobre bases de ferro, pedra etc, como se reconhece no *Direito das cousas* (nota 3.ª ao § 129) com apoio na autoridade de Huberus, e é corrente na pratica; solução esta que não se modifica pelo facto de ser a construcção apoiada em madeiramento que descance em um ou mais pilares do visinho.

Não é exacto que consista a distinção, entre uma e outra servidão, como pretendem Lobão (Casas, § 94) e Lafayette (Dir. das Cousas, nota 5 ao § 129), em occupar, na servidão *oneris ferendi*, a construcção a parede ou pilastra toda, ao passo que na *tigni immittendi*, sómente se occupa uma parte, porque nesta póde-se, no contrato pelo qual se a constitue, estipular em favor do dominante o direito de occupar toda a parede com o barrotamento necessario para apoiar a construcção.

E’, pois, uma razão de differença especiosa e que nenhum valor juridico tem: ao passo que a que offerecemos é fundamental e tem por si a tradição do direito.

donner á la loi 33. D. § 2 pour raison des effets qui caracterisent la servitude *oneris ferendi* la clause: *Paries oneris ferendi uti nunc est, ita sit*, clause écrite dans la *lex edium*, c'est á dire dans le contrat qui determine les rapports juridiques entre l'édifice dominant et l'édifice assujetti.

Eis tudo. A obrigação do serviente foi estipulada por elle, *scienter et conscienter*, no contracto pelo qual se constituirão a servidão: em que ficou esta desnaturada e atacado o seu principio fundamental?

E porque ha de resultar essa offensa, quando a estipulação se fizer na servidão *tigni immittendi*, e não quando houver sido feita em qualquer outra pois que é incontestavel o direito de obrigar-se o serviente, em qualquer especie de servidão, a carregar com o onus dos reparos das obras?

Todo o alarma provem de se perder de vista a noção exacta da servidão *oneris ferendi*. E' preciso accentuar que esta nada mais é do que a *tigni immittendi* com a obrigação para o serviente de fazer reparar, ou reedificar, a parede ou pilares em que se apoiar a construcção.

E' sem duvida esta noção que Voet torna saliente nos seguintes termos:

quod et ipsa oneris ferendi denominatio satis innuit, involvens quippe obligationem ad factum aliquod, quod interveniente onus feratur, column scilicet aut parietis dificationem refectionemve. (Loc. cit., n. 2.)

223. — *E' contrario á bôa razão.* (Lafayette, cit.)

Procederá esta censura ainda no caso de haver o serviente contrahido *voluntaria* o *espontaneamente* a obrigação de fazer as despesas da reconstrucção e concerto? Ninguém o dirá. Ora, quando essa obrigação não resultar do contracto constitutivo da servidão, não se dará a servidão *oneris ferendi*: para a hypothese de haver sido a servidão constituida por testamento ou por decreto judicial, ha o recurso peremptorio do abandono da parede ou pilar: *licere domino rem*

derelinquere, como diz Paulo; e com esta disposição da Lei 6.^a § 2.º D. servit. vindic., conferem as disposições dos códigos modernos.

Convém ainda notar: a obrigação de refazer a parede e o pilar na servidão *oneris ferendi* tem apoio em um princípio jurídico que não protege a posição do serviente nas outras servidões.

Qual a razão porque ao serviente não assiste a obrigação do reparo das obras, nas outras servidões? É principalmente porque tais obras pertencem ao *dominante*; no caso da *oneris ferendi*, não: a parede, o pilar, são da propriedade do serviente; este a possui *animo domini*, d'ahi a sua obrigação de reparos e reconstrução. Esta solução que é, com todo o fundamento, dada por Molitor (n. 39) encontra inteira sanção na doutrina do direito moderno.

Qual o motivo da disposição expressa no art. 655 do Código civil francês, que obriga ambos os co-proprietários de uma parede meleira aos reparos precisos? Sem dúvida nenhuma o facto da copropriedade.

Tanto assim é que essa obrigação é proporcional ao direito dominical de cada um sobre a referida parede: *proportionnellement au droit de chacun*, diz o artigo citado. (Conf. *Demol.* n. 389; *Laurent*, n. 541; *Mourlon*, n. 1737; *Pardessus*, vol. 1.º, n. 168; *Arntz*, vol. 1.º, 1112; *Solon*, n. 166 e seg.)

Acresce mais: se tal onus repugna á boa razão, em caso de servidão alguma pôde o serviente tomar a si o encargo de reparar e reconstruir as obras.

O argumento prova, evidentemente, de mais.

224. — *Não se cita em favor dessa opinião um só julgado.*

Nem por isso deixa de ser jurídica a opinião que adoptamos, contra a qual, também, não é citada decisão alguma.

225. — Finalmente, o direito romano foi, neste ponto, segundo entende o Sr. Laffayette, corrigido pela legislação moderna.

Vejamos.

O principio adoptado pelo direito francez (art. 655 do Cod. civ. franc.) é como já o fizemos notar, que ao proprietario da parede competem a reparação e o concerto, pois que, no caso de meiação, a cada um dos meeiros cabe tal onus *na proporção do direito de cada um*.

E' facil de deduzir a conclusão deste preceito geral.

Em referencia ao dominio das paredes, tratando-se de servidões, rege, segundo o direito francez, o principio de que ao proprietario compete a obrigação de reparos e reconstrucções. Este principio prevalece quando se dá a meiação das paredes, cabendo a um meeiro a mesma obrigação ainda quando o outro sómente tenha construcção apoiada na parede (art. 656).

Eis a doutrina que se deduz do Codigo francez; ella é reforçada pela seguinte e ponderosa reflexão.

O final do art. 656 prohiu que o condômino da parede abandone a sua meiação quando na mesma parede se apoiar construcção que lhe pertença; por que?

Sem duvida porque a faculdade do abandono seria, neste caso, um meio de fugir ao encargo de reparar e reconstruir, que contrahio com o outro condômino, quando estabeleceu e aceitou á compropriedade da parede: d'ahi para o coproprietario o direito de não aceitar o abandono, para não recahir nelle, com o dominio total da parede a obrigação de reparar o predio, e d'ahi ainda o exigirem os D. D. que o abandono comprehenda igualmente o edificio, cessando assim a servidão *oneris ferendi* (*Demol.*, *Servit.*, n. 389 a 391; *Pardessus*, vol. 1.º n. 168; *Solon*, *Servit.* n. 166 e seg.; *C. Masselin*, *Des murs mitoyens*, n. 42 e seg.; *Dalloz*. verb. *Servit*, n.

489, 490, 501, 502 e 503; *Mourlon*, n. 1738; *Arntz*. Cours de droit civ. franc. tom. 1.º, n. 1112; *Laurent* Princ. do Dr. civ., n. 541 e seg.)

226. — Acentuemos bem isto.

No direito francez, como no direito romano, segundo a interpretação de Molitor, já citada, e a de outros, a obrigação de reparar funda-se no direito de propriedade. Ora, na servidão *oneris ferendi*, tal como existe no nosso direito, o proprietario é o serviente; este deve, pois, reparar. Diga-se que ha n'isto certa anomalia, que é principio singular em referencia ao dominio e á copropriedade das paredes. Estamos de accôrdo; não se conteste, porém, o facto juridico cuja existencia está patente a todos os olhos.³⁷

227. — O direito moderno sancionou em geral esta doutrina; (confira-se Cod. civ. Ital., art. 548; Cod. civ. do Chili, art. 858; cod. do Uruguay, art. 561; Cod. civ Port., art. 2334); em todos elles a obrigação de reparar está ligada, em referencia ás paredes de meiação á copropriedade destas.

³⁷ Uma objecção acóde contra a doutrina que expomos.

Na servidão *tigni immittendi* é o serviente proprietario da parede e nem por isso tem a obrigação de reparar-a e reconstruirl-a; o que não poderia deixar de ter lugar, si no direito de propriedade, e sómente nelle, se fundasse tal obrigação, na servidão *oneris ferendi*. O argumento não colhe; a sua nenhuma procedencia resulta da simples referencia que passamos a fazer.

Em primeiro lugar a nossa asserção fica em pleno vigor, isto é, no direito moderno a obrigação de fazer reparos nas paredes de meiação funda-se na propriedade dellas; isto a simples leitura dos trechos que citamos revela á evidencia; em segundo lugar nenhuma duvida ha de que no direito moderno, — QUE NÃO CURA MAIS DE SERVIDÕES TIGNI IMMITTENDI E ONERIS FERENDI e sim apenas da MEIAÇÃO DAS PAREDES, a obrigação de reparar é inherente ao mesmo direito de meiação por força do qual UNICAMENTE é que o individuo póde metter traves, ou apoiar edificio na parede divisoria; finalmente, em terceiro lugar, desde que como o confessamos, no nosso direito ambas as servidões são identicas, servindo apenas de distincção entre ambas a *imposição da obrigação de reparar*, que não é aceitavel e juridica senão quando feita expressamente, está liquidada a questão.

Oneris ferendi —quer dizer supportar o onus da reconstrucção e dos reparos. Esta interpretação de Voet (Pandect. Liv. 8.º tit. 2.º n.1) é decisiva: a servidão *tigni immittendi* com esse onus é o que constitue a servidão *oneris ferendi*: o argumento da propriedade está assim plenamente justificado, e a objecção contra elle formulada não resiste quer perante o direito moderno, quer perante a doutrina, que julgamos a unica aceitavel no nosso direito, a uma apreciação reflectida.

228. — O meio de fazer effectiva a obrigação por parte do serviente é a acção confessoria. (Molitor n. 40),

*Servidão stillicidium aut flumen avertendi aud non
recipiendi*

229. — As aguas pluvias podem ser esgotadas dos telhados: ou sobre as ruas publicas, ou sobre terrenos do proprietario do predio, ou sobre terreno ou predio alheio.

230. — O primeiro caso é regido actualmente pelas posturas das Camaras municipaes e a estas cabe legislar no sentido de fixar o cumprimento e diametro dos canos de escoamento de taes aguas, as dimensões das beiras dos telhados e tudo o que entende com o esgoto dessas aguas sobre a via publica. A competencia que lhes confere o art. 66 § 1.º da Lei de 1 de Outubro de 1828 de prover sobre o alinhamento, limpeza, illumination e despachamento das ruas, comprehende por identidade de materia o de velar e legislar sobre o escoamento das aguas pluvias, cuja stagnação o § 2.º do artigo citado recommenda-lhes que se evite.

A disposição do § 40 da Ord. do Liv. 1.º tit. 68 não tem exequibilidade entre nós contra o preceito do codigo de posturas municipaes; tem, porém, todo o vigor na ausencia de tal preceito, como regra de direito commum.

231. — Às justiças ordinarias cabe o conhecer dos casos em que as aguas cahirem sobre terrenos de propriedade do senhor do predio; não podem surgir duvidas de alguma importancia nesta hypothese, senão no caso de contestação do dominio do terreno; hypothese digna de apreço para o effeito de decidir se se trata de um caso de servidão ou não.

A presumpção de dominio desse terreno, e os casos em que ella póde ser de procedencia, questão que preoccupou altamente os escriptores francezes, não tem a minima importancia entre nós, onde a

escriptura publica é da substancia de todo o contracto de compra e venda de terras desde que o preço da compra exceda de duzentos mil réis. (Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855.)

232. — Resta o terceiro caso: o unico que nos deve preoccupar por ter relação com o objecto deste estudo.

Para que as aguas pluvias possam ser esgotadas pelos telhados dos vizinhos é preciso que sobre estes exista uma servidão constituída.

E' a servidão que se denomina: *stillicidium vel flumen*, segundo o escoamento das aguas se opera por meio de goteiras ou de canos ou de calhas de esgoto. (*Lobão*, Casas, § 197; *B. Carneiro*, § 51, n. 6; *Ribeiro de Moura* Manual do edificante, § 161; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129, n. 30; *Teixeira de Freitas*, Consolid. das Leis Civ., art. 948), oriunda do direito romano (L. 2, 17 § 3.º, 20, § 3.º, 21 e 28, D., de servit. præd. urban.; Instit. de servit, præd.; § 1.º), aceita pelo direito moderno (Cod. franc, art. 681; *Laurent*. Princ. de Droit. Civ., vol. 8.º, 69; *Demol.*, Servit., n. 592, n. 1799 e 1800; *Zacharias* § 330 e notas) e entre nós consagrada nas disposições do § 38 da Ord. do Liv. 1.º tit. 68.

233. — Nenhuma difficuldade offerece a applicação desta servidão que em sua essencia rege-se por principios que se podem, para facilidade do estudo, reduzir ás seguintes regras capitaes:

1) Ella deve ser o menos gravosa possivel na imposição do onus ao serviente, d'ahi deduz-se que:

a) Quando o escoamento das aguas pluvias se houver operado pela goteiras do telhado, não se poderá, sem consentimento do serviente, fazel-o por um cano, bica ou calha que arremesse sobre o telhado do vizinho grande jacto d'agua, com o qual póde ser damnificado o telhado, ou o quintal e jardim, ou mesmo a casa do serviente (*B. Carneiro*, § 51, n. 13; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129, n. 3; L. 17 § 3.º

D., de servit, præd. urban.; *Voet.*, ad Pandect., Liv., 8.º, tit., n. 13; *Vinnio*, Instit. Liv. 2.º, tit. 3.º, § 1.º, n. 4), e é com razão que diz Paulo no § 5.º da Lei 20, D. de servit. præd. urban.: *quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen...*

b) Não pôde o dominante abaixar o telhado, nem augmental-o, isto é, dar-lhe maior extensão, maior numero de goteiras, por isso que do primeiro facto pôde resultar damno ao telhado serviente, e do segundo provém augmento de quantidade d'agua a escoar-se. Esta prohibição comprehende a de alongar a beira dos telhados ou augmentar as dimensões da calha ou bica. (*B. Carneiro*, § 51, ns. 14 a 17; *Voet*, ad Pandect. Liv. 8, tit. 2, n. 13).

c) Não é o serviente obrigado a receber as aguas pluviaes, que, correndo para um terreno pertencente ao proprietario dominante, se escoarem para a propriedade serviente pelo natural declive do mesmo terreno. (*B. Carneiro*, § 51, n. 10; *Laurent*, Princ. de Droit Civ.. vol. 8.º, n. 70; *Zacharias*, Droit. Civ. franc, vol. 2.º § 330).

A opinião em contrario sustentada por Pardessus (n. 213), Murlon (n. 1799) e Demolombe (n. 589) não encontra apoio noCodigo francez cujo art. 640 sómente reconhece a obrigação do serviente em referencia ás aguas que do predio dominante *decoulent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué*.

A significação restricta que tem estas expressões não autorisa, por certo, a conclusão, que levaria á consequencia de dizer-se decorrida pela força natural das cousas, a agua que havia alcançado o predio visinho, por ter sido pelo dominante encaminhada pelo seu telhado a um terreno de declive visivel sobre o predio serviente.

O sentir de Laurent é muito mais correcto e juridico; basta attender-se á interpretação restricta que não podem deixar de ter os preceitos que autorisam, na servidão, uma limitação dos direitos dominicaes.

2) A servidão deve, em obediência ao princípio capital que acabamos de repetir, ser exercitada de modo a restringir o menos possível os direitos dominicais do senhor serviente.

Assim:

a) Este pode alçar o seu edifício, à altura que lhe aprouver, desde que não prejudique o exercício da servidão; quebrar as beiras dos telhados do dominante, tirar os canos de zinco, com tanto que se incumba de dar escoamento às águas pluviais, sem prejuízo do prédio dominante. (Ord. do Liv. 1.º, tit. 68, § 38; *Lafayette*; Dir. das Coisas, § 129, n. 3; *B. Carneiro*, § 50, n. 34; *Solon*, Servit., n. 447).

Era o que já determinava Paulo no § 6.º da Lei 20 do D., de servit, præd. urban., nos seguintes termos:

Qui in area, in qua stillicidium cadit, ædificat, usque ad eum locum perducere ædificium potest, unde stillicidium cadit, recte sed et si in edificio cadit stillicidium, supra ædificare ei conceditur, dum tamen stillicidium recte recipiatur.

b) Não pode o dominante fazer sobresair no prédio serviente, sobre o pretexto de esgotar as águas pluviais, um cano de grande comprimento que vá arremessar as águas mais para o interior do terreno do serviente.

Acresce que a propriedade compreende em seu rigor exclusivista, não somente o terreno, como toda a parte superior ao mesmo terreno, isto é, o ar e espaço, porque a atmosfera que corresponde perpendicularmente ao seu solo lhe deve ser livre. (*B. Carneiro*, § 50, n. 25; *Demol.*, n. 587; *Pardessus*, n. 212; *Laurent*, n. 72, *Ribeiro de Moura*, Manual do Edificante, § 163 e 164; *Voet*, Pandect. Liv. 8.º, tit. 2, n. 13; *Vinnio*, à Instit., Liv. 2.º, tit. 3.º, ns. 4 e 5; *Cod. Civ. Argent.*, Liv. 3.º, tit. 13, cap. 3.º art. 28; *Cod. Civil do Chili*, art. 833, último alínea).

Esta servidão, como vimos, é passiva, pôde ser também activa o que se realiza quando ella consiste no direito que tem um predio de exigir que o visinho encaminhe para elle todas as aguas pluvias, para serem pelo primeiro utilizadas.

234. — O principio de direito que rege a propriedade das aguas pluvias é este: o proprietario de um predio pôde reter as aguas pluvias, que correm de seu telhado, ellas lhe pertencem por direito de accessão. (*Laurent*, Obr. cit., n. 71; *Molitor*, Servit., n. 44; *B. Carneiro*, § 51, n. 20.) Consequentemente, só por meio de uma servidão convencionada ou estabelecida por via de prescripção, pôde ser o proprietario privado do uso dessas aguas e forçado a dirigil-as para o predio visinho, que passa a ser dominante.

235. — Esta servidão é a que no direito romano se denominava *stillicidii non avertendi*.

A determinação de sua natureza deu causa a empenhada discussão entre os jurisconsultos.

Segundo uma opinião, fundada na paraphrase de Theophilo ao § 1.º da Instit. de servit, præd., consistia a servidão no facto de não receber a agua do predio visinho, ainda quando estatutos locais impusessem essa obrigação como uma especie de servidão legal; reduzia-se a servidão no caso em questão á restricção imposta ao direito do predio visinho.

236. — Este fundamento da servidão, que é com justa razão repellido por Maynz (§133, not. 8), por Malckeldey (§ 322, n. 4, nota 1), como contraria aos principios capitais das servidões, que vedam que se considere a isenção do onus como outra cousa mais do que a plenitude da liberdade dos predios, é no entanto aceita pelos mais conceituados romanista. (*Vinnio*, á Instit., Liv. 2.º, tit. 3.º, n. 5; *Voet*, ad Pand., Liv. 8.º, tit. 2.º, not. 13; *Mulhembruck*, § 277).

A razão que dá Accarias (Précis de Droit romain, vol 1.º, n. 268) para conciliar a negação da servidão, com o fundamento de uma outra servidão, é que o Romanos ligavam as expressões *non recipiendi* às limitações progressivas que não se davão na servidão positiva *avertendi* ou *recipiendi*; consistindo, portanto, a primeira na servidão com as limitações e restrições posteriormente operadas no exercício da segunda.

237. — Entende Mackeldey (not. cit.) que os romanos em materia de servidões urbanas “consideravam servidão, ou, pelos menos, direito semelhante á esta, não sómente a restrição á propriedade, mas ainda a conquista do direito, pelo facto da cessação de uma servidão, que restitue a liberdade á propriedade.” E’ assim que se explica, conclue elle, não sómente a interpretação de Theophilo ao *jus stillicidii non recipiendi*, como o *jus altius tollendi*, e *luminibus officiendi*.

238. — Como se vê, o fundamento de Accarias vem reduzir-se, á final, ao que offerece Mackeldey. Seja, como fôr, a verdade é que o sentido, que se tem ligado ás expressões de Theophilo, ataca de frente a doutrina fundamental das servidões, pois, estabelece, como principio capital de uma servidão o facto de alcançar o predio a sua liberdade contra a obrigação de praticar os actos constitutivos da servidão. O facto que produz a emancipação do *onus real* ser a fonte de uma servidão!

A explicação de Ortolan, aliás repellida com desdem por Accarias, é a menos offensiva aos principios geraes sobre a materia. (Ortolan, Instit., vol. 2.º, n. 455).

A noção dessa servidão, aceita pelo direito moderno, é a que fal-a consistir no direito de forçar o dono de um predio a consentir que o seu visinho canalise para o seu predio as aguas pluvias, que são do primeiro e das quaes o segundo necessita utilizar-se para encher as suas cisternas, para irrigações, lavagens, ou supprimeuto de depositos de fabricas etc. (*Demol*, n. 596; *Solon*, n. 449; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129, n. 3, *B. Carneiro*, § 51, n. 20).

Esta noção é correcta.

Como se vê, dá-se neste caso uma completa inversão da servidão *stillicidium avertendi* em referencia ás posições das pessoas e dos predios, o dominante passa a ser serviente e vice-versa.

Ao dominante compete, segundo a melhor doutrina, a limpeza e conservação dos canos e calhas, para a conducção da agua. (*Cod. Civ. Argent.*, Liv. 3.º; tit. 13. cap. 3.º, art. 29) e isto porque é elle proprietario desses encanamentos.

239. — Quanto á *extensão* da servidão passiva depende ella dos termos em que houver sido constituida; em falta de declaração expressa, não póde comprehender-se nella o direito de fazer escoar as aguas servidas nem os detritos de cosinhas ou lavagens.

Contra tal aggravacção da servidão póde o serviente lançar mão da acção negatoria.

240. — Os codigos modernos não fazem expressa menção desta servidão; reconhecendo, porém, ampla faculdade de convenção em referencia á constituição das servidões, admittem, *ipso facto*, que servidões semelhantes sejam objectos das estipulações de um contracto.

241. — A servidão legal de aguas pluvias foi no geral condemnada (*Cod. Civ. fran.*, art. 681; *Cod. do Uruguay*, extr. 581; *Cod. Civ. Ital.* art. 59; *Cod. Civ. Port.* art. 2282,) o que foi medida de grande conveniencia pratica, pois, deixa á vontade das partes a estipulação desse encargo, que tem sido nos povoados fonte de dissensões e pleitos cheios de animosidade, ao passo que a sua utilidade é bem pouco apreciavel no estado do actual progresso dos melhoramentos materiaes.

Servidões: a) de lançar fumo: b) de esgoto de latrinas.

242. — *a) De lançar fumo.* — Esta é a servidão que no direito romano se denominava *fumi immitendi* e que em diversos fragmentos do Digesto se vê mencionada, mórmente nos §§ 5.º e 6.º da L. 8.^a, si servit vindic.

Tinha ella por fim garantir o uso de fogões e fornos, ainda sem chaminés, embora lançassem fumo sobre o predio do visinho. Só por meio de um onus real podia ser effectivamente autorizada a incommoda projecção de fumo sobre o predio visinho, porque o principio geral de direito é que todos devem exercitar os seus direitos dominicaes de modo a não produzir damno aos terceiros, e nesta materia o § 6.º da L. 8.^a citada accentuava a expressa prohibição de *immitere* qualquer coisa sobre a propriedade do visinho: — *in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat.*

243. — A servidão não era necessaria quando o fumo era *modico*, isto é, apenas proveniente dos usos domesticos o ordinarios da vida: *licet alioquin fumum modicum in suo facere, cuiquè licet*, diz Voët. (ad Pandect, Liv. 8.º tit. 2.º n. 14).

Este é o sentir do geral dos interpretes. Molitor Servit., n. 45; Maynz, § 133 i. f. nota 13.)

244. — No nosso direito tem lugar esta servidão unicamente quando tal assumpto não fôr regulado nas posturas municipaes. Devem estas dispôr sobre o tamanho das chaminés, quer dos domicilios particulares, quer das fabricas de onde opera-se em geral grande projecção de fumo das machinas e geradores de vapôr.

O que, sem grande critica copiárão dos romanistas, B. Carneiro (§ 51, n. 20 e seg.) *Lobão*, (Casas, §§ 200 e seguintes) e *Ribeiro de Moura* (Manual do Edificante, §§ 165 e seg.) deve ser entendido nestes termos.

245. — A distincção que faz B. Carneiro (§ 51. n. 31) entre o ser o fumo *insolito* ou não, nada aproveita no estado actual do nosso direito: quando não se acha a materia regulada nas posturas municipaes, o proprietario visinho sómente é obrigado a sujeitar-se ao incommodo do fumo si houver servidão constituida entre os dous predios.

Como se vê é de pouca utilidade entre nós esta servidão.

246. — *b)* A segunda servidão que mencionamos é a de que tratão a L. 7.^a D. de servit e L. 17 § 2.^o D. si servit vindic.

Não tem ella como objecto, segundo parecem entender *B. Carneiro* (§ 51, n. 40), *Ribeiro de Moura* Manual do Edificante (§§ 174 e seg.) e *Lobão* (Casas, § 223 e seg.) garantir o direito de ter latrina fetida em seu terreno, em detrimento do supposto serviente de tão original servidão, mas, sim consistio sempre a servidão, como o attestam *Molitor* (Servit., n 45 apoiado na autoridade Gluck, Voet (Pand liv. 8.^o tit. 2.^o, n. 14) e entre os modernos Solon (Servit., n. 450), na faculdade de fazer passar pelo predio serviente o cano de esgoto da latrina; *locum cavum præbere, per quam colluvies quedam fluat*, diz Voet.

E' esta a unica forma que pôde tomar tal servidão no direito moderno: a qualquer proprietario é licito abrir em seu terreno latrina ou sumidouro para despejos; tem por dever apenas observar os preceitos das posturas municipaes, sobre tal assumpto, sujeitando-se no caso de violação á multa imposta, e na hypothese de damno saliente ou apreciavel, causado ao visinho, a responder pelos meios ordinarios, ou no caso de ser tal damno eminente, mas não se ter ainda realisado a sujeitasse á um *actio damni infecti*.³⁸

³⁸ Em Lobão e Ribeiro de Moura (que o transcreveu com frequencia neste assumpto) se faz menção de uma servidão de construir fornos, cavar poços, etc, que não existem reconhecidas como taes no nosso direito, apesar do que com grande prolixidade diz o primeiro destes escriptores.

O exercicio do direito de propriedade suppõe a inteira faculdade de construir cada um em suas casas os fornos de que necessitar, ou abrir os poços de que se quizer utilizar; na

247. — Na jurisprudência francesa é condenada a autorização de passar um esgoto de latrina por junto de uma parede de meiação sem fazer uma obra de cano bem cimentado ou, como dizia Desgodets: *une gargouille creusée dans une pierre de taille*.

Aquella que tem essa servidão é forçado a deixar entrar em seu predio para fazer o trabalho da limpeza, desobstrução e concerto do cano de esgoto, todas as vezes que se tornar necessario.

248. — Já assim dispunha o direito romano (§ 5.º L. 1.º D. de cloacis) o qual neste assumpto concedia interdictos protegidos pelo direito pretoriano para garantir a vizinhança contra a infecção das cloacas pouco aceiadas. E' o que claramente diz Ulpiano no § 2.º da Lei citada.

249. — Póde ser estabelecida no nosso, direito, por convenção, uma servidão na qual se vede ao vizinho, que tem officina onde se trabalhe com grande ruido, o fazer barulho que perturbe o vizinho, ao menos em certas horas?

Incontestavelmente que sim: porque, já o fizemos sentir, todas as convenções são permittidas desde que observem os principios capitaes da materia.

pratica destes actos não lhe é dado, porém, causar damno a ninguem, infligir um prejuizo a quem quer que seja.

E' este antes o limite natural do exercicio de todo o direito dominical, limite que não é dado á servidão ultrapassar na hypothese figurada, sem responsabilidade do dominante.

Si alguém tiver a faculdade de abrir um poço proximo ao muro do vizinho em virtude de uma servidão convencionada, nem por isso responderá menos pelo damno que o poço causar ao referido muro.

Não quer isto dizer que não seja dado a vizinhos estipular as mais variadas servidões; a liberdade de convenção é amplissima em tal assumpto: *O numero e a qualificação das servidões são de alguma sorte indefinidos e podem haver tantas quantas são os encargos diferentes que se podem imaginar de um predio sobre outro.* (Molitor, Servit., n. 45.)

Des que la volonté des parties est la source essentielle des servitudes conventionnelles, il s'ensuit que le nombre en est aussi varié que peuvent l'être les intérêts, quelques fois même les simples convenances des propriétaires des fonds; les effets en peuvent être modifiés avec la même latitude: q'en un mot, cette liberté n'a d'autre limites que celles qui sont imposées á toutes les conventions en générale, savoir q'elles ne doivent avoir rien de contraire aux lois (*Pardessus, Servit., vol. 1.º, n. 230.*)

Acresce que, si é indiscutível a faculdade que tem cada um de *exercitar qualquer acto ou officio ainda que pelo estrondo ou por outra causa incommode o visinho*, (B. Carneiro, § 51, n. 43) todavia não é dado a alguém perturbar o sossego publico durante a noite, entregando-se nos centros populosos a um trabalho ruidoso.

250. — É lícito a qualquer dono de uma pedreira explorá-la, como lhe aprouver; desde que observe os regulamentos policiaes e posturas municipaes; mas responde pelo damno que causar ás pessoas ou á propriedade alheia.

As pedras que causarem prejuizo caindo nos predios vizinhos, as minas que explosindo ferirem, contundirem ou matarem alguém, obrigão o dono do predio á completa reparação do damno material causado e na hypothese figurada no segundo caso, de morte de alguém por explosão de minas, responde o culpado pela imprudencia ou falta de observancia dos regulamentos, pelo crime previsto no art. 19 da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871.

Estes casos, porém, que B. Carneiro enumera entre os da servidões urbanas são consequencias das relações de direito que gera o quasi contracto de vizinhança.

Servidão de não levantar o predio (alius non tollendi)

251. — O direito de cada um elevar o seu edificio: casa, muralha, ou qualquer construcção: comprehende-se na amplissima faculdade de *usar* do objecto de seu dominio. Os §§ 24 e 33 da Ord. do Liv. 1.º, tit. 68 offerecem um exemplo de reconhecimento desta importante faculdade, admittindo o direito de alçar-se, ainda com prejuizo alheio: a limitação a este direito sómente póde provir da vontade do proprietario: a servidão convencional *altius non tollendi* é o meio pratico de chegar-se á essa limitação: *ex jure nostro et ratione naturali dedici licentiam altius in suo tollendi etiam incommode vicini, eoque obtinente*

non servitutem sed libertatem esse, hanc vero licentiam adeoque libertatem vel conventionem, vel lege imminui posse; eoque ipso servitutem introduci (*Voet*, Pand. Liv. 8, tit. 2, n. 5.) Veja-se: L. 2 D. de servit. præd. urban.; L. 9, h. til.; L. 8.^a e 9.^a Cod. de servit. et aqua; Ord. do Liv. 1.^o, tit. 68, §§ 24, 38 e 39); por meio della impede-se que o senhor do predio o levante além de certa altura; esta obrigação sómente pôde resultar de um contracto ou de uma disposição de ultima vontade (*B. Carneiro*, § 53, n. 7 e 8), porquanto não existe a servidão com o caracter de servidão legal, no nosso direito (L. 6, 11 § 1.^o, 12, 21, 23 § 1.^o, 32 D. de servit. præd. urban.; L. 7.^a, § 1.^o e 16; D. Comm. præd., e L. 4 § 8.^o, si servit. vindic.; Instit. de Action, § 2.^o; *Molitor*, Serv., n. 42, *Ortolan*, á Inst. n. 455; *Accarias*, n. 268 pag. 661; *Maynz*, §133, n. 5; *Mackeldey*, § 322, n. 5; *Vinnio*, á Instit. Liv. 2.^o, tit. 3.^o, n. 5, verbis: *Et ne altius etc.*; *Voet*, ad Pand., Liv. 8.^o, tit. 2.^o, n. 5 e seg., *B. Carneiro*, § 53, a. 4 e seg.; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129, n. 5).

252. — A unica servidão legal reconhecida no direito romano, a da Lei 12, § 4.^o Cod. de ædificis privatis (Constituição de Zenon), pela qual se garantia a vista de mar, foi derogada pelo Decreto de 12 de Junho de 1758, confirmado este pelo Assento de 2 de Março de 1786, que se fundou

muito principalmente em que a Constituição Zenoniana, quando verdadeira seja, depois da Lei de 18 de Agosto de 1769, que no § 10 aboliu todas as restricções, que se deduzem dos textos do direito civil dos romanos, não pôde formar uma excepção á generalidade da Ordenação do Liv. 1.^o, tit. 68, § 24, posto que seja conforme aos principios do mesmo direito romano.

253. — A servidão *altius non tollendi* visa principalmente evitar que seja embaraçada ou prejudicada a luz de que deve gozar o predio dominante: é incontestavel que não é este o seu unico objecto, mas é, certamente, o mais importante, comquanto a servidão possa ter tambem por fim evitar que o predio dominante fique privado da viração que o refrigere, da vista de que goza, etc.

D'ahi o conter-se esta servidão na *ne luminibus officiatur*, como se deduz de textos do Digesto (Leis 4.º, 12, 15 e 23 de servit, præd. urb.), que nenhuma duvida deixão sobre este ponto: a servidão *ne luminibus officiatur* comprehende a privação para o serviente de plantar arvores, pois, dellas póde resultar a mesma privação de luz, que da elevação do edificio. E' por isso que Molitor (Servit., n. 42) diz que a servidão *ne luminibus officiatur* comprehende a *altius non tollendi*.

254. — Deve ser constituída em título bem explicito: contendo uma restrição duríssima, quaesquer duvidas são resolvidas em favor da liberdade do predio serviente. (*Solon*, servit., n. 442.)

E' assim que, como regra geral, se estabelece que a proibição não comprehende quaesquer plantações que queira fazer o dono do predio gravado: limita-se apenas ás edificações. (*Lafayette*. Dir. das Cousas, § 129, n. 5; *B. Carneiro*, § 53, n. 5.)

255. — O Código civil francez não menciona expressamente esta servidão. O preceito geral, porém, do art. 686 autorisa a constituição da servidão *altius non tollendi*: convém notar que esta servidão tem no direito moderno, como fim principal assegurar o exercicio da servidão de *prospectu*. Sómente á esta servidão se reconhece a faculdade, para o dominante, de impedir que o serviente eleve construcções tirando a vista da casa. (*Laurent*, Princ. de Dir. Civil, vol. 8.º, n. 66; *Demol.*, Servit., n. 578.)

E' assim que o Código do Chili no art. 876 condemna a servidão *altius non tollendi* em um de seus effeitos, naquelle em que participa da *ne luminibus officiatur*, dispondo que a servidão de luz não autoriza o dominante a impedir que no predio serviente se levante uma parede, *que le quite la luz*: foi nisto imitado pelo Código Argentino, Liv. 3.º, tit. 6.º, art. 47, que ainda tornou-se mais explicito, usando destas expressões: *que los cierre e privè de luz*.

256. — No nosso direito esta servidão é fundada na necessidade de proteger de modo mais eficaz as servidões *ne liminibus officiatur* e *prospectus*. (Ord. do Liv. 1.º, tit. 68, § 24.) A servidão luminum, que se constitui, não pelas seteiras de que trata o referido § 24 da Ord. cit. (as seteiras são abertas *jure proprio*, como exercício do direito dominical) como erradamente supuserão alguns, mas por janella ou fresta (*Consolid. das Leis*, art. 937, nota 6, 3.ª edicç.; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129, nota 17), é igualmente protegida por esta servidão, em contrario ao que se dá no direito francez (*Laurent*. Obr. cit., n. 66): o seu fim é quasi unicamente na pratica impedir que alguém prive um predio da luz necessaria, ou da vista que tem, levantando-lhe na frente uma casa que era terrea, ou menos elevada do que o predio dominante.

Em regra esta servidão se constitui:

a) Quando alguém vende a outrem uma casa que passuia contigua á de sua residencia; a estipulação de uma servidão neste caso é necessaria para impedir o comprador de levantar a casa, privando o proprietario primitivo e vendedor da luz que recebe por janellas, que tem abertas sobre o telhado da casa vendida.

b) Quando alguém edifica de novo em lugar cercado de vizinhos, em área de terreno limitado, como nas grandes cidades onde precisa garantir-se contra a privação da luz e ar.

c) Quando, no povoado ou no campo, se pretende conservar o golpe de vista, que a edificação de outra casa póde embaraçar. E' o caso em que esta servidão garante o exercício da de prospecto.³⁹

³⁹ No direito romano faz-se menção de uma servidão *altius tollendi*.

Com quanto sem alcance pratico no nosso direito, todavia como conveniente illustração da materia que estudamos, examinaremos, ainda que rapidamente, as diversas theorias engendradas pelos commentadores e interpretes daquelle direito, para determinarem a noção daquelle servidão.

Antes de tudo dígamol-o: o ponto é liquido no nosso direito.

A faculdade de levantar o edificio á altura que aprouver ao proprietario funda-se na amplitude do direito de propriedade e póde ser exercitada, como já o fizemos vêr ainda

em prejuízo alheio (Ord. do Liv. 1.º tit. 68, §§ 24, 38 e 39); no direito romano este princípio vê-se consagrado em textos expressos: *altius quidem edificare tollere, si domus servitutem non debeat, dominus ejus minime prohibetur*, dizem Diocleciano e Maximo na Lei 8.ª Cod. de servit. et aqua.

A confirmação desta constituição está na seguinte. (Lei 9.ª Cod. de servit et aqua).

A pesar, porém de tais textos a dúvida existia.

No meio da grande controversia dos AA. destacam-se as seguintes opiniões sobre a natureza e essência da servidão *altius tollendi*: convém notar que a diversidade de interpretação das leis do corpo do direito romano, em tal assumpto, não se produziu sem o emprego de um systema de subtilidades, que importava verdadeira tortura dos textos,

1.ª) Segundo uma opinião a servidão *altius tollendi* consistia no onus imposto ao senhor do predio, por força do qual era elle obrigado a levantar o seu edificio, para o fim de amparar e abrigar o predio dominante da acção dos ventos e das tempestades, ou para qualquer outro fim util.

Esta opinião que se vê desenvolvida em Voet (Pand. Liv. 8.º tit. 2, n. 7) é condemnada pelo principio capital das servidões consagrado no § 1.º da L. 15 D. de servit.: *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat qui (VELUTI VERIDIA TOLLAT, aut amniorem prospectum prostet, aut in hoc aut in suo pingat) sed ut aliquid patiatur aut non faciat*.

Tanto reconheceram os propugnadores desta opinião a fraqueza dos seus fundamentos, que pretenderam apoiar-a no simile da servidão *oneris ferendi*, onde se dá a excepção do acto positivo da reparação do muro ou parede, equiparação que não colhe, porque tal obrigação não é objecto principal da servidão, mas sim uma modalidade nos seus effectos: esta é a conclusão a tirar da observancia dos principios e não a que no final do n. 7 citado deduz Voet nos seguintes termos: *atque adeo etiam, ad exemplum servitutis oneris ferendi, facere aliquid in suo, contra ordinariam servitutem naturam: cum eadem hic, que ni onere ferendo, actio fit; forma scilicet formula conventionis, qua servitus altius tollendi, ac oneris ferendi. inducitur, ut paries altius tollatur, et ut paries oneris ferendo, uti nunc est. ita sit, arg. l. debere, 33 D. h. F.*

2.º) Segundo outra opinião consiste a servidão na faculdade que vem a ter o dominante de levantar o edificio ou os muros alheios. O fundamento, segundo *Molitor* (Servit., n. 43) desta noção está na possibilidade de revestirem as servidões as formas as mais variadas e particularmente em referencia á hypothese apresentada, o direito de alçar as construcções alheias, quando estipulado em convenções deve ser reconhecido como consequencia da liberdade de estipular sobre o que nos pertence. A utilidade da elevação dos muros alheios pôde existir, e vê-se reconhecida na L 17 § 2.º D. de servit. praed-urban.

Esta opinião é combatida por *Ortolan* (Instit., n. 455 nota 4) como contraria á disposição do § 2.º da Instituta de actionibus.

3.º) Alguns interpretes, impugnando as duas noções que deixamos expostas, doutrinão que o verdadeiro fundamento da servidão é este.

No corpo do direito romano encontram-se textos expressos, como entre outros, a Lei 1.ª § 17 D. de operis novi nunciat., a L. 1.ª Cod. de edif. prevat. (Const. de Severo e Antonino) e a L. 12 §§ 1, 2 e 4 Cod. eadem (Const. de Zenon) onde é regulado em proveito dos vizinhos o modo de construcção dos predios e a maxima altura a que podem attingir: ora, podia occorrer para um predio a necessidade de elevar-se além dessa altura; o meio pratico de conseguil-o era convencionar com os vizinhos essa faculdade de romper a linha demarcada o alçar-se além della, e nisto consistia segundo esta opinião, a servidão *altius tollendi*.

Esta noção que *Vinnio* desenvolveu largamente (Inst., Liv. 2.º tit. 3.º, n. 5, 6, 7, 8 e 9) e que *Voet* com igual prolixidade combateu (Pand. Liv. 8.º tit. 2.º, n. 5 a 8), conseguiu o apoio de alguns dos mais notaveis interpretes modernos do direito romano.

Molitor (Servit., n. 43), *Ortolan* (Inst., n. 455, not. 4), *Maynz* (§ 133, nota 10) adoptam-na como a unica aceitavel em face dos textos e do systema e doutrina romanos sobre as servidões. *Accarias* (Précis de droit romain, vol. 1.º, n. 268, pag. 641, nota 2) combate-a

Servidão de luz (luminis e ne luminibus officiatur)

257. — A servidão de luz consiste, no nosso direito, na faculdade de abrir janellas ou portas para dar claridade a um predio: na parede propria, na commum e na alheia.

No primeiro caso a servidão sómente tem lugar quando a parede propria separa o edificio, do predio alheio e foi construida sem deixar-se o espaço de vara e quarta de que trata o § 33 da ord. do Liv. 1.º tit. 68: quando tal espaço é deixado não precisa o proprietario ter sobre o visinho uma servidão de luz para poder abrir janellas e portas, ainda que lhe devassem a casa, o pateo, a área, o jardim; abre, neste caso, as janellas que lhe aprouver, *jure proprio*, isto é, pelo facto de ser proprietario do predio. (Ord. do Liv. 1.º tit. 68 §§ 24 e 35; *B. Carneiro*, § 55, n. 2 e 9; *Lobão*, Casas, §§ 157, 158 e 167; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129, n. 4, nota 16,)

Esta servidão é sempre convencional. Não temos a servidão legal de abrir janellas. Ella póde ser adquirida por prescrição, e neste

nos seguintes termos: *Mais ils etaient fondés sur desconsiderations d'ordre public, et les lors comment croire qu'il dependit des particuliers de s'y soustraire par une conventio?* Mais adiante, porém accrescenta: *Toutefois il n'est pas certain que dans le dernier état du droit de telles conventions ne fussent pas licites* (L. 12 §§ 1 e 4 Ood. de edif. prevat..) 4.º) A noção que offerece *Accarias* fórma a quarta opinião. Consiste ella em considerar a servidão *altius tollendi* como uma conquista sobre a *altius non tollendi*. Assim si o dominante, nesta ultima servidão, permittir que o serviente se alce até uma certa altura, rompendo a linha demarcada está por essa concessão, constituida uma servidão *altius non tollendi*, sobre essa parte em que foi permittido ao serviente alçar-se. A servidão *altius tollendi* não seria mais do que uma restricção da *altius non tollendi*; ora, antes de qualquer consideração, acóde applicar ao caso o principio geral da liberdade dos predios, que revive sempre que, por qualquer modo, decahir ou so invalidar o direito excepcional da servidão.

Comquanto sustentada tambem por *Makeldey* (Manual de Dir. Rom. § 322, n. 5) que a ampara com a autoridade de Cujacio, a verdade é que tal noção não encontra apoio nos textos, antes ataca de frente a theoria geral das servidões, segundo a qual, como já o fizemos sentir o onus real, que é direito stricto, cede sempre que desaparece o seu fundamento, ao direito commum que é a liberdade dos predios.

Segundo o nosso entender a opinião que offerece maior procedencia é a que enumeramos em terceiro lugar. Sendo o alçar os predios uma faculdade que para todo o proprietario resulta do seu direito dominical, a concessão desse direito como servidão, como onus real, só póde ser concebida em contraposição aos preceitos de estatutos locais, que a beneficio geral, mantenhão um padrão de construcções fixando a altura maxima a que se possam elevar os predios.

caso o tempo necessario é o de anno e dia. (Ord. do Liv. 1.º tit. 68 §§ 25 e 33; *B. Carneiro*, § 55, n. 2; *Lobão*, Casas, §§ 62, 65 e 176; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129 nota. 16.)

258. — No segundo caso a servidão é precisa para facultar a abertura das janellas, por força do disposto na L. 40 D. de servit. præd. urb.: *Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperta pariete communi, nullo jure fenestras immisisse respondi.*

259. — No terceiro caso o onus é maior; não sómente pelo facto de abrir as janellas e facilitar assim o devassamento do predio alheio, mas ainda pelo de rasgar-lhe o muro. (L. 4, 11, 17 § 1.º, D. de serv. præd. urban.; *B. Carneiro*, § 55, ns. 22 e 23.)

A servidão *luminum* é muito favorecida por facilitar a penetração da luz, elemento essencial á vida: não quer isto dizer, que ella não se deva restringir em seu exercicio e ser o menos gravosa possível ao predio serviente. (*Solon*, Servit., n. 278.)

260. — Do facto de ser ella constituida para que possa o predio dominante receber a luz precisa, segue-se que assiste-lhe o direito de usar dos meios necessarios para a consecução deste fim. A acção confessoria garante o direito de abrir as janellas e as frestas; mas será meio habil de impedir que o serviente levante o seu edificio e embarace a luz?

No direito romano era preciso ter a servidão *ne luminibus officiatur* para conseguir resultado; no nosso direito esta servidão está comprehendida na primeira (*B. Carneiro*, § 54, n. 13); de onde se conclue que a servidão da luz habilita o dominante a impedir por meio da acção confessoria, que o serviente alce o seu predio, e offenda o seu direito real. A servidão *altius non tollendi* é um dos meios de sancção da servidão *luminis*.

261. — As consequencias juridicas da servidão da luz, são, no nosso direito:

a) Abrir janellas e frestas para entrar a luz precisa;

b) Vedar que o serviente possa elevar o edificio que lhe pertence e tapar a luz; (*B. Carneiro*, § 55, n. 9.)

c) Impedir que elle possa plantar arvores que formem cerrado e fação escurecer a casa. (*B. Carneiro*, § 55, n. 11; L. 6 e 7, D. de serv. præd urban., pr. e § 1.º; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129, n. 4, nota 19; *Accarias*, pag. 641. nota 3.)

262. — A servidão de luz póde ser mais ou menos amplamente convencionada. Assim ella póde ter por fim a concessão da luz toda de que precisar, ou que julgar necessaria para si o serviente, ou póde limitar-se á luz necessaria a um aposento, a uma sala, etc., e neste caso o onus do serviente é muito mais limitado. (*B. Carneiro*, § 55, n. 19; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129, n. 4, nota 17.)

263. — Ha controversia entre os interpretes do direito romano sobre a natureza da servidão *luminum*.

Segundo Muhlebruch (§ 282) consiste ella em ter janellas no predio alheio, no commum e no proprio; neste ultimo caso — *contra jus illud prohibendi, quod leges concesserint vicinis*.

Esta noção, que é aceita pelos commentadores modernos, é impugnada com certa insistencia por Molitor, (n. 42) que, comparando a L. 4 e 6 do Digesto de servit. præd. urban. e principalmente dando ás expressões: *luminis nostra excipiat* — da primeira destas leis, não o sentido que revela a concessão da faculdade de abrir janellas para ter luz, que lhe dá Muhlebruch, mas o de *não interceptar a luz do céu*, como se o verbo *excipere* fosse synonymo de *immittere*, pretende fazer consistir a servidão *luminum*, não no facto activo de abrir janellas, mas no passivo de deixar passar a luz.

E' uma interpretação arbitrária, que não suffragão as leis 16 e 17 princ. e § 2.º, de servit. præd. urban., como suppõe Molitor.

A noção de Muhlebruch é correcta, assim como é juridicamente incontestável a sua apreciação sobre a *servitus ne luminibus officiatur*, quando não attribue-lhe outro fim mais do que assegurar os efeitos da servidão *luminum*, o que claramente se deduz das expressões da L. 4.^a citada, ibi:

Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maximè adepti videmur, ne jus sit vicino, invitus nobis, altius ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum.

264. — Divergem ainda os interpretes sobre o alcance das duas servidões *luminum* e *ne luminibus officiatur*: mas segundo a opinião mais commum um a servidão *luminum* visa faculdade de abrir as janellas, e a *luminibus officiatur* tem por fim impedir que o serviente por qualquer modo e principalmente por meio de edificações ou de plantações, embarace o exercicio da primeira; isto é, impeça a entrada da luz no predio dominante. (*Ortolan*, Instit., n. 455; *Maynz*, § 133; n. 6; *Accarias*, pag. 641, nota 3.^a, *Mackeldey*, § 322, n. 6).

A servitude ne luminibus officiatur, parum differre videtur servitus, quæ luminum dicitur: atque ut hæc magis respici novam luminum constitutionem, ita illa conservationem eorum, quæ jam sunt (L. 4 eod.) Nisi forte dicendum sit, in servitude luminum hoc minus esse quam in altera, quod qui hanc debet, altius ædificare non prohibetur, alioque facere, modo tantum luminis vicino relinquat, quantum ad usum diurnum sufficiat; qui autem servitutem debet ne luminibus officiatur, nihil omino facere possit, quo lumem minuat, etiamsi vicini cedes luminibus abundant.

E' esta a opinião de Vinnio, a qual, como se vê concorda com a de Muhlebruch.

A noção que dá Voet não é menos explicita. Eis como opina este notável romanista:

Luminum servitus non ea est, qua vicini licentiam habet lumina, seu fenestras, in suo proprio pariete aperiendi, id enim libertatis est, licet paries prope confinium positus esset, sed potius, qua vicino licet in vicini pariete lumina habere; seu, qua vicinus cogitur lumina seu fenestras vicini in suo pariete pati et exciperes unde et *hæ luminus immittendi* servitus dici potest. (Ad. Pand., Liv. 8.º, tit. 2. n. 9).

Mais adiante sobre a *ne luminibus officiatur*, assim se exprime:

Constituta servitute, ne luminibus officiatur, id actum sensetur, vicino liceat ita lumina habere in superiore parte sui coenaculi, ut nihil iis opponi a vicino possit., quo lumen solati impediatur. Unde si id, quod a vicino ponitur, lumen quidem non impediat, solem tamen auferat, contra hanc servitutem fieri censetur; nisi umbram faciat in loco, cui sol erat necessarius, veluti solario, vel helio caminio (*L. inter servitudes* 15, 16, 17, ff. *hoc. tit.*) Et licet hac servitute maxime illud aquisitum dicatur, ne vicinus alius tollat cedes suas (*L. luminum* 4 ff. *hoc. tit.*) quo motus Cujacius, hanc cum altius non tollendi servitutem perperam confundit, non tamen illud tantum: cum neque viridaria (quos enim silvas appellari docet Cujacius libr. 10 observ. 15) neque alia familia, quibus lumen impeditur, opponere possit hanc debens servitutem; uti quidem id potest, qui nudum constituit altius non tollendi jus.

.....

Constituta autem generaliter servitute, ne *luminibus officiatur* ambiguum fuit, utrum id se luminibus, quæ nunc sunt, an et futuris accipiendum esset, sed humanius visum, verbo generali omne lumen, sive quod in presenti, sive quod post tempus conventionis contigerit, significari.

Et, si inter vicinus non conveniat, ad quam altitudinem prædii servientis dominus ædificium, aut aliud, quod facere instituit, ædificare aut ponere debeat, ut salva nihilominus fit servitus, neque luminibus officiatur (*Pand. loc. cit.*, n. 11).

Servidão de vista. (de prospectu, ou ne prospectui officiatur.)

265. — Consiste esta servidão no direito que temos de conservar o *prospeeto*, a *vista* de nossa habitação e consequentemente impedir que o serviente a embarace ou modifique, quer por meio de

construções que levante e de plantações que faça, quer de limitações que ponha á extensão e beleza do golpe de vista. (*Lafayette*, Dir. das Cousas, § 129, n. 4; *Accarias*, n. 268; *Mackeldey*, § 322, n. 6; *Maynz*, § 133, n. 6, nota 11; *B. Carneiro*, § 55, n. 1 e seg.)

266. — Este direito como é fácil de vêr, sómente póde fundar-se em um onus real que acarrete a alguém a obrigação de se limitar no direito natural de elevar suas casas e construções, para soffrer a restrição em proveito da beleza de perspectiva do predio dominante.

267. — No direito romano as denominações de *servitus prospectus* e *ne prospectui officiatur* applicavam-se a uma e mesma servidão. (*Molitor*, Servit., n. 42); ella tem mais amplitude do que a servidão *ne luminibus officiatur*; diversos textos o revelam.

Æ difícia quæ servitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt: at si de prospectu est, eoque obstatura sunt, non possunt; diz *Javoleno* na *L. 12, D. de servit. praed urban.*

Inter servitutes, ne luminibus officiatur, et ne prospectui offendatur, aliud et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum in luminibus autem (non officere) ne lumina cujusquam obscuriora fiant: quod cumque igitur faciat ad luminis impedimentum prohiberi potest, si servitus debeat: opusque novum nunciari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat (*L. 15 D. de servit. praed urban.*)

268. — Ainda na Lei 16 do mesmo titulo revela *Paulo* um caracteristico que encontravão os *jurisconsultos* romanos na servidão *prospectus* e que não reconheciam na servidão *luminis*:

Lumen, id est, ut coelum videretur: et interest inter lumen, et prospectum; nam prospectus etiam ex superioribus locis est: lumen ex inferiore loco esse non potest.

269. — É esta servidão convencional no nosso direito; pôde consequentemente ser estipulada com quaesquer clausulas, que queiram as partes interessadas.

270. — O direito moderno a aceitou (*Solon*, Servit., n. 444 e 445; *Pardessus*, n. 230 e seg.; *Laurent*, n. 60; *Demol.*, n. 578) nestas condições se tornou possível a sua constituição por prescrição decorrido o lapso de 30 annos.

Não é, porém liquido si o facto de ter o individuo durante 30 annos janellas sobre o predio visinho, sem observar o espaço marcado no art. 678 e 679 do Codigo civil francez, importa a constituição de uma servidão de *vues*, na qual se comprehende a de *prospectu*.

Os tribunaes da França firmaram jurisprudencia em completo antagonismo aos da Belgica.

Segundo os primeiros essa posse trintanaria leva á constituição de uma servidão; segundo os outros o effeito de tal posse não é outro mais do que a inteira libertação do predio serviente, e a iniciação do dominio livre de qualquer onus, isto é, do exercicio desimpedido do direito de propriedade.

A primeira jurisprudencia prevaleceu (*Laurent.*, n. 62; *Demolombe* n. 580).

O mesmo se deve decidir entre nós.

O individuo que durante o tempo necessario para a prescrição tiver mantido janellas e frestas sobre o predio do visinho, sem observar o espaço fixado no § 33 da Ord. do liv. 1.º tit. 68, não se libertou de servidão alguma, porque a exigencia do espaço de vara e quarta entre as construcções, para poder abrir janellas, é uma modalidade do direito de propriedade; adquirio, sim, por meio legal a servidão de ter janella sem observar esse espaço.

Não se diga que cahio no dominio do direito commum segundo o qual é livre ao proprietario abrir em sua casa as janellas que lhe aprouver, porquanto esse direito de proprietario, dominado por aquillo que Laurent chamou *o quasi contracto da visinhança*, é o que estabelece o § 33 da Ord. citada, isto é, o de abrir janellas, mas guardando a referida distancia: por outra, tratando-se de ter janellas sobre o predio visinho o direito commum é guardar o espaço de vara e quarta (de 19 decimetros no direito francez) entre uma e outra outra casa.

271. — A servidão de vista (*de prospecto*) abrange no nosso direito a *altius non tollendi* e a *ne prospectui officiatur* com todas as suas ampliações. Effectivamente para garantia de seu exercicio entende-se comprehendido nella o direito de impedir o proprietario de edificar e de embaraçar e impedir a vista do predio dominante (*Laurent*, Obr. cit. n. 60).

272. — Si o predio dominante fôr demolido e mais tarde reconstruido, a servidão de vista subsiste?

Quando na parte geral deste trabalho tratamos de fixar os principios dominadores da materia, occupamo-nos desta questão: nada prejudica que reproduzamos aqui noções que já expendemos e cujo pleno conhecimento é da maior utilidade.

Segundo a doutrina já posta a regra geral é que a servidão se mantem desde que o predio se reconstrua nas mesmas condições do antigo e dentro do prazo da prescrição.

E' esta a conclusão que os commentadores francezes deduzem do artigo 704 do Codigo civil (*Laurent*, Obr. cit. n. 64).

Como consequencia necessaria deve-se julgar perdida a servidão, si o predio fôr reconstruido em lugar mais proximo do outro,

porque este facto importaria uma nova servidão, que dependeria de ser constituída pelos meios regulares.⁴⁰

SECÇÃO II

Servidões ruraes.

TITULO I

SERVIDÕES LEGAES

As servidões de aguas. — A) Servidão natural de escoamento de aguas. — B) Servidão de aqueducto, ou passagem de

⁴⁰ O Código civil francez comprehendêo nas disposições dos artigos 675 a 680 todas as tres especies de servidões, que entendem com a abertura de janellas, de frestas e de oculos.

Demolombe commentando principalmente os arts. 678 e 679, diz (n. 578):

" A' cet egard, il faut remarquer que l'on distingue trois sortes différentes de servitudes de jours ou vues: 1.º La servitude de jour sculement *jus luminum*, par laquelle le propriétaire du fonds dominant aquíert le droit de recevoir le jour extérieur pour éclairer un appartement; elle s'exerce ordinairement par de simples ouvertures pratiquées á une assez grande hauteur sans appuis, ni accoudaire ni volets;

"2.º La servitude de vue proprement dite, *ne luminibus officiatur* qui donne au propriétaire du fonds dominant le droit de voir au dehors, qui s'exerce au moyen de fenêtrés ouvrantes, placées á hauteur d'appui, ou de balcons, ou autres saillies seinblables.

"3.º Enfin, la servitude de prospect, *jus prospectus, ne prospecti officiatur*, qui lui permet de jouir de point de vue aussi loin en general qu'il peut s'étendre."

Estas noções das tres servidões, vemol-as reproduzidas pelo mesmo autor e com maiores detalhes nos numeros 916 e seguintes do mesmo tratado; são porem arbitrarios o bem longe estão de delinear com verdade a natureza e essencia de cada uma das servidões.

E' assim que; não é exacto que a servidão *luminum* consista na abertura de frestas e oculos: a noção que dá, principalmente, a Lei 4.ª D. de servit. præd-urban, (para não citar outros textos) repelle-a e o art. 676 do Código Civil francez considera servidão de luz a que se obtem pela abertura de *jours ou fenêtrés à fer maillé ou verre dormant*.

Esta servidão consiste no direito de abrir frestas e janellas no predio meeiro ou alheio para ter luz: é esta a verdadeira noção (Leis, 4, 16, 17, 23 D. de servit præd-urban.; *Voët*, ad Paud. Liv. 8.º tit. 2.º ns. 9 e 10).

A *ne luminibus officiatur* dá-se quando o dominante da servidão *luminum* tem além do direito de abir as janellas, ou de impedir ou vedar que o serviente levante as suas construções á altura de taes frestas ou janellas (Leis citadas do Direito; *Voët*, obr. cit., n. 11 e 12 ou plante arvores ou faça qualquer cousa que embarace a luz).

A servidão de *prospecto*, é a verdadeira servidão de *vista*, é por ella sómente que se adquire o direito, não sómente de ver até onde alcançar o olhar, como tambem no proprio predio visinho. (*Molitor*, n. 32, i, f.; *Voët*. loc cit. n. 12) a leitura attenta do que escreveu o proprio *Demolombe* nos ns. 916 e seguintes leva ao reconhecimento das noções que deixamos produzidas.

aguas. — C) Servidão de escoamento de aguas estagnadas. — D) Servidão de aguas superfluas.

a) Servidão natural de escoamento de aguas.

273. — A posição natural de dous terrenos, sendo um collocado em declive para o outro, de modo que qualquer porção d'agua que sobre elle caia por facto natural, ou que bróte do sólo tenda a escoar-se para o que se acha collocado mais abaixo, indica a impossibilidade de repellir este predio a agua que assim vá procurar o seu natural escoadouro. O encargo para o predio inferior não provem de acto humano; a posição physica, a situação em que se acha, tornam indispensavel a sua existencia: a escoante das aguas deve necessariamente operar-se, segundo a força das cousas; é por isso que Ulpiano (L. 1.^a § 14, D., de aqua et aquæ pluv: arc.) diz com grande procedencia: *loci natura nocet*.

274. — Levados por esta consideração alguns autores recusaram reconhecer uma servidão neste facto todo natural e inevitavel, que constitue antes uma modalidade, uma restricção necessaria no exercicio da propriedade, do que um encargo gerado para utilidade dos predios.

Sem entrarmos na apreciação da procedencia deste modo de encarar o facto, basta-nos-ha fazer saliente que a restricção do direito dominical, segundo o qual, como com razão faz sentir Toullier (vol. 2.º n. 484), assiste sem contestação ao proprietario inferior o direito de oppôr diques, ou qualquer paradeiro ao escoamento das aguas do predio superior, por sobre o seu solo, constitue uma servidão embora imposta pela natureza e disposição physica dos terrenos, apezar da opinião que produz Demolombe no seu tratado das servidões (n. 16).

E' todavia, certo que os jurisconsultos romanos não reconheciam esta servidão: a sua exclusão do numero das mencionadas

no Capítulo 3.º do Liv. 8.º do Digesto parece indicá-lo, além de que o *actio aquæ pluvial arcendæ* era como o faz sentir Arntz (n. 1085) uma acção pessoal e não real, o que nos termos os mais explícitos já havia doutrinado Ulpiano na L. 6.ª § 5.º D. de aqua et aquæ pluv. arcendæ:

“Aquæ pluviae arcendæ actionem, sciendum est, non in rem, sed personalem esse.”

Os modernos interpretes do direito romano estudam-n’a quando tratam das diversas espécies de acções garantidoras das obrigações resultantes do estado de vizinhança, (*Maynz*, vol. 2.º § 283, n. 4) e ainda fóra do título das servidões (*Voët Pand.*, Liv. 39, tit. 3.º) applicando-se até o uso desta acção ao caso em que o escoamento das águas não seja garantido por uma servidão:

Altera tituli pars est, *diz Voët*, de aqua pluviae arcendi, supple actione; cujus fundamentum esse videtur, quod nemo in alienum immittere aquam, aut aliud simile sine servitute possit.

275. — Seja como fôr, o direito moderno corrigio a doutrina romana incluindo todos os códigos, que dispuzeram sobre o escoamento natural das águas, este facto no numero das servidões legais, sem duvida attendendo: já á restricção do dominio e onus della resultante já a que no proprio direito romano não faltavam textos em que esta servidão parecia ser reconhecida de modo claro, como entre outros na L. 2.ª pr. D. de aqua et aqua pluviae arcenda onde Paulo doutrina: *“In summa tria sunt per quæ inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quæ semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.”*

276. — No nosso direito não temos disposição expressa sobre o assumpto. Regulamo-nos, segundo os principios que regem o nosso direito subsidiario, pelos textos do direito romano (Título do Dig. de aqua et aquæ pluviae arcend. de font, de aqua cottidiana et æstiva e de servit, præd rusticorum) e pelas disposições e doutrinas do direito moderno e os

louváveis costumes e estylos legitimamente estabelecidos (§12 da Lei de 18 de Agosto de 1769).

E' segundo taes principios que a materia é regida entre nós.

277. — Na fixação da natureza desta servidão, que devemos incluir entre as legaes (L. 2 pr. cit. D. de aqua et aquæ pluviae arcendæ; Cod. Civ. franc. art. 640; Cod. Civ. Ital. art. 536; Cod. Civ. de Venezuela, art. 537; Cod. Civ. Uruguay, art. 520; Cod. Civ. Argentino, Liv. 3.º tit. 13, cap. 3.º art. 30) um facto convém tornar saliente como essencial: o escoamento das aguas deve provir do natural declive do lugar e não do trabalho humano, de obras feitas para dar melhor escoamento às aguas. Já assim se dispunha no direito romano (L. §§ 2, 10, 13, 14, 15, 17, 21, 22 e 23) assim se exige no direito moderno (Cods. Cits.) e os nossos mais conceituosos doutrinadores o tem sempre ensinado. (*Arouca*, de rer. divis, L. 2 § 1.º n. 17; *Lobão*, Aguas §§ 38 a 40; *Correia Telles*, Dig. Port., Liv, 1.º arts. 669 a 672; *Demol.*, Servit n. 18 e 19; *Laurent*, Princ de Dr. Civ. vol. 7.º, n. 358; *Arntz'* n. 1062 *Mourlon*, Repet. Ecrit. n. 1678; *Zacharias*, § 317, e not. 4.º de Massé e Vergé; *Pardessus*, n. 82.)

Como consequencia deve-se saber que não se comprehende nesta servidão o escoamento de aguas:

a) que se operar por meio de esgoto artificial de modo a tornar mais violento o curso das aguas que forem lançadas sobre o predio inferior (*Demol.* n. 360; *Arntz*, n. 1062; *Mourlon*, n. 1668, *Lobão* Aguas, § 56).

b) Que não provenham de fonte natural, ou das chuvas, mas, sejam, aguas procuradas propositalmente tendo-se para isso cavado poços, feito cacimbas, represas, etc.; o escoamento de taes aguas sómente se póde operar em virtude de uma servidão convencional, e no caso de haver o superior lançado taes aguas sobre o inferior é forçado a indemnizar os prejuizos causados.

(*Demol.*, n. 26; *Laurent*, n. 363; *Arntz*, n. 1062; *Mourlon* n. 1668; *Massé e Vergé*, nota 4.^a ao § 317 de *Zacharias*; *Pardessus*, n. 83; *Lafayette*, *Dir. das Cousas*, § 121 n. 2. Em contrario *Solon*, n. 23. *Dalloz*, n. 88 etc.

c) Ainda que as aguas provenham de obras que o superior haja feito no seu predio cavando o terreno para alicerces ou fundamentos de edificios (*Arntz*, n. 1062; *Mourlon*, n. 1667; *Direito das cousas*, § 121) Em contrario a esta opinião (*Laurent*, n. 363; *Massé e Vergé* nota 4.^a, ao § 317 de *Zacharias*, *Pardessus*, n. 83).

d) Não se comprehendem igualmente as aguas do uso ordinario (ménagères), as que servem para lavagens da roupa, para mover machinas, supprir estabelecimentos industriaes: ainda que estas aguas hajam sido extrahidas de um tanque natural, pantano, lagôa etc. etc. (*Demol.*, n. 23 e 26; *Laurent*, n. 361; *Arntz*, n. 1062; *Mourlon*, n. 1668; *Zacharias*, § 317; nota 4.^a, de *Massé e Vergé*).

278. — Para que se dê o exercicio desta servidão não é necessaria a contiguidade dos predios; quer estes sejam separados por uma estrada publica, e por esta se escoem as aguas do predio superior; quer as aguas provenham de outro predio mais elevado do que o superior contiguo; em todos estes casos a servidão tem lugar. (*Laurent*, n. 359; *Demol.*, n. 20; *Massé e Vergé*, nota 2, ao § 317 de *Zacharias*; *Dalloz* n. 92).

O facto de estarem os terrenos separados por um muro em nada impede ou embaraça a servidão, porquanto deve-se fazer no muro as aberturas necessarias para a passagem das aguas. (*Demol.*, n. 21)

279. — Em favor da agricultura, que mereceu sempre a protecção dos legisladores, excepçionou-se ao rigor, aliás justissimo dos principios acima mencionados e admittio-se que o escoamento das aguas do predio superior se podesse dar sobre o inferior, quando taes aguas proviessem de trabalhos agricolas, regas etc, e a escoante se effectuasse

por meio de sulcos de lavras ou pequenos regos de esgoto feitos no terreno arado (L. 1.^a §§ 3 a 6, D. de aqua et aquæ pluvie arcendæ; *Voet*, Liv. 39. tit. 3.^o, n.4; *Lafayette*, Dir. das Cousas § 121; *Lobão* Dissert. sobre as aguas pluv., § 53; *Arntz*, 1064; *Demol*, n. 1; *Pardessus* n. 83; *Dalloz* n. 82; *Mourlon*, n. 1669).

280. — Por uma consequente e natural ampliação comprehende-se nesta servidão a de escoamento das terras provenientes de desmoronamentos, de pedras que correrão pelo natural declive do sólo (*Demol*, n. 32; *E. Lehr*, Droit Civ. Espagnol, n. 379; *Arntz* n. 1065; *Dalloz*, n. 103)

281. — As aguas que se accumulam em tanques e poços naturaes, as pluviaes que fazem crescer os paúes, quando extravasam estão comprehendidas nesta servidão e podem em virtude della ter franco escoamento para o predio inferior, e este deve recebê-los e nenhum direito tem de oppôr-lhes obstaculos. (*Demol*, n. 28 e 29; L. 1.^a § 2 D. de aqua et aquæ pluvie arcendæ, *Dalloz* n. 94 e 95).

282. — A posição do proprietario de terreno ou predio inferior impõe-lhe deveres, que decorrem da propria situação dos lugares, *loci natura* como diz Ulpiano. Os principaes podem reduzir-se aos seguintes:

a) Não tem elle o direito de oppôr obstaculos de qualquer especie: quer por meio de construcção de muros, diques, represas, ou qualquer outra obra, ao escoamento das aguas, isto é, a que estas penetrem no seu predio, fazendo-as refluir para o predio superior. (L. 1 § 12, D. de aqua et aquæ pluvie arcendæ; *Voet*, Liv. 8.^o, tit. 3.^o, n. 2; *Arouca*, á L. 2 § 1.^o, D., de rerum divisione, n. 17; *Lobão*, Dissert. das Aguas Pluv., §.46 in fine; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 121, n. 3; Cod. Civ. franc. art. 640; Cod. Civ. do Chile, art. 833; Cod. Civ. Ital., art. 536; Cod. Civ. de Venezuela, art. 537; Cod. Civ. do Uruguay, art. 520; Cod. Civ. Portug. art. 2282; *Laurent*, n. 364; *Demolombe*, n. 32; *Pardessus*, ns. 85 e 92; *Dalloz*, n. 77; *Arntz*, n. 1061; *Mourlon*, n. 1669)

b) Não é elle, porém, obrigado a receber as aguas provenientes de um facto extraordinario, um cataclysmo, um accidente grave, uma inundação imprevista; nestes casos assiste-lhe, por sem duvida, o direito de oppôr diques, represas ou quaesquer obstaculos á torrente impetuosa. (*Arntz*, n. 1063; *Laurent*, n. 366.)

c) Si do facto do escoamento natural das aguas, feito de conformidade com os princípios expostos, resultar algum prejuízo ao serviente, não tem este direito de pedir indemnisação ao dominante, seja qual fôr a natureza do damno causado. (L. 1.^a § 1.^o D. aqua et aquæ pluvidæ arcendæ; *Voet*, Liv. 39, tit. 3.^o, n. 2; *Dalloz*, n. 77; *Demolombe*, n. 32; *Pardessus*, vol. 1.^o, n. 82, pag. 200.)

d) Não é elle obrigado á limpeza e desobstrucção do canal ou rego, por onde se escoão as aguas do predio superior. Segundo os principios capitaes que regem as servidões, ao dominante cabe tal serviço; ao inferior compete apenas consentir que o proprietario superior penetre no predio para fazer a limpeza (L. 2 §§ 1.^o e 6.^o, D. de aqua aquæ et pluv. arcend.; *Demol.*, n. 33; *Laurent*, n. 365; *Dalloz*, n. 97; *Solon*, n. 31.; *Lobão*, Dissert. sobre as Ag. pluv., § 51.)

Si, porém, a obstrucção fôr devida a acto do serviente, nada o isenta da obrigação de fazer a limpeza, e facilitando o escoamento das aguas, impedir que estas refluão para o predio superior. (*Dalloz*, n. 97; *Demolombe*, n. 33; *Laurent*, n. 355.)

O Codigo Civil Portuguez resolveu as duvidas que suggere este ponto, com a seguinte disposição do art., 2283:

O dono do predio onde existão obras defensivas, para conter as aguas, ou onde seja necessario, pela variação do curso das mesmas aguas, construil-as de novo, é obrigado, a fazer os reparos precisos ou a tolerar que os fação, sem prejuizo delle, os donos dos predios que padeção, ou se achem expostos a danos imminentes por falta de taes reparos.

e) O inferior tem o direito de desviar as águas que o superior faz correr sobre seu terreno, por obra feita de novo, e quando o declive natural do sólo não o autorisar. Desviada assim essa água, si ella fôr prejudicar a um predio inferior, tem este direito de haver do primeiro alguma indemnisação pelo prejuizo? Não; resolve Lobão apoiado na autoridade de Coepola, solução esta que é também aceita por Arouca. (L. 2 § 1.º de rerum devisione, n. 29.)

283. — Em referencia ao proprietario superior, o seu principal dever, comprehensivo de todos os que podem provir da relação especialissima que o estado de vizinhança e dependencia mutua faz originar entre elle e o serviente, é o de não aggravar, de modo algum o escoamento das águas, que pelo declive do sólo e natural posição dos dous predios, se escôa para o inferior. (Cod. Civ. franc, art. 640, 3.º alinea; Cod. Civ. Port., art. 2282, in fine; Cod. Civ. Oriental, art. 520, 3.º alinea; Cod. Civ. Ital, art. 536, 3.º alinea; Cod. Civ. de Venezuela, art. 527, in fine; Cod. Civ. do Chile, art. 833, 3.º alinea; *Dalloz*, n. 84; *Laurent*, n. 367; *Demolombe*, n. 55, etc.)

Em que consiste esta aggravação?

Compreende-se o que ha de fatigante e improfícuo na escogitação das diversas hypotheses em que esta aggravação se possa dar.

Ao julgador compete, na apreciação e estudo cautelosos dos factos, discernir os casos em que da obra realisada pelo dominante resulta effectivo e real gravame para o serviente.

Tratando-se, porém, de uma servidão de esphera limitada, qual é esta, em que o facto capital consiste no escoamento das águas, sem que para elle concorra outra cousa mais do que o natural declive do sólo do predio superior para o inferior, póde-se, exemplificativamente, apresentar casos em que a aggravação é manifesta, e á imitação destes serão julgados outros que por ventura se offereção á apreciação do julgador.

a) A hypothese figurada na L. 1.^a § 1.^o D. de aqua et aquæ pluviæ arcendæ é, sem duvida, um caso manifesto de agravação: *si forte immittendo eam aut majorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit.* (Demol. n. 36; Voet, Pand., liv. 39, tit. 3.^o, n. 2; Dalloz, n. 81; Mourlon, n. 1669; Lobão, Dissert. sobre as aguas pluvias, § 40; Arouca, á L. 2.^a § 1.^o; D. de rer. divis. n. 17; Dir. das Cousas, § 121).

b) Si o superior utilizar-se das aguas e corrompê-las, e as fizer escoar para o serviente inferior sujas, cheias de detritos ou residuos nocivos, agrava a posição deste (Voet, Pand., Liv. 39, tit. 3.^o, n. 2; L. 3, D., de aqua et aquæ pluviæ arcendæ); porquanto segundo a melhor doutrina, acceita como corrente no direito moderno, o escoamento das aguas deva operar-se, no estado de pureza, mesmo porque a sua utilização por parte do inferior é uma como compensação a que tem todo o direito pelo onus que supporta. (Demol., n. 41.) Esta não é, porém, a noção do direito romano; segundo este a *actio aquæ pluviæ arcendæ* não se concedia ao inferior quando reclamava por não tirar proveito da agua, mas sim quando era prejudicado por ella: "*hæc actio locum habet si aqua pluviæ noceat, non si non prosit*, como diz Voet e se vê confirmado L. 1.^a § 21 D. de aqua et aquæ pluviæ arcendæ."

c) Quando o proprietario do predio superior muda a direcção do escoamento das aguas, que provêm da posição dos terrenos e dos predios ou da inclinação natural do sólo, póde causar com isto uma consideravel agravação no predio inferior, agravação que se dá tambem no caso de ser alterada uma direcção de escoamento já existente por mais de trinta annos. (Demol. n. 37, 38 e 39; Dalloz, n. 90; Pardessus, n. 84.)

d) O proprietario superior não póde impedir que o serviente inferior reconstrua os diques ou represas, que se abriram no predio superior e que nelle existiam, si da reconstrucção de taes obras provier utilidade ao predio inferior, sem resultar prejuizo ao superior; por

exemplo: a de vedar que as águas do superior afluindo em maior quantidade e com maior força ou vehemência prejudiquem o serviente em suas plantações, em seu parque, jardins, hortas, etc. (*Lobão*, Dissert. das águas pluviais, §§ 47 a 50.)

Fazem os escriptores ainda a este proposito uma distincção entre dique artificial e natural, que nos parece de pouca utilidade.

De feito, e a razão é tão procedente para conceder-se ao serviente o direito de reconstruir a represa, quer esta seja natural quer artificial: o reconhecimento do direito do inferior funda-se apenas em que lhe é lícito evitar todos os danos resultantes da servidão, desde que não prejudique ao exercício desta. (Laurent, n. 366.) Ora si o senhor do predio superior não desejar reconstruir a represa ou dique, por não lhe serem de utilidade, pôde o serviente, que com isto não perturba a servidão e lucra a diminuição do dano que lhe provém do onus, reedificá-las. A jurisprudência franceza attestada por Demolombe (n. 44) foi mais longe e julgou ser vedado ao senhor dominante o destruir os trabalhos deste em seu proprio terreno e que eram destinados a proteger os predios inferiores contra a invasão das águas, quando taes obras existirem por mais de trinta annos.⁴¹

284. — Não é vedada a construcção de diques e represas que tenham por fim evitar os effeitos das inundações dos rios, dos quaes o predio inferior é ribeirinho. Ainda que, no caso de dar-se o

⁴¹ A distincção entre represa natural e artificial é feita por Paulo na L. 2, § 5, D., de aqua et aquæ pluviae arcendæ.

A leitura cautelosa do texto citado revela, porém, o pensamento do notavel jurista. E' esta a integra do citado paragrapho:

Item Varus ait, aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquæ deiecit; per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus at, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquæ pluviae arcendæ actione, ut eum reponat vel reponi sinat. Idemque putat, et si manufactus fuit, neque memoria ejus exstaret: quod si exstet, putat aquæ pluviae arcendæ actione eum teneri. Labeo autem, si manufactus sit agger, etiamsi memoria ejus non erest, agi posse, ut reponatur: non hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem quod jure facere possit, etc.

extravasamento do rio, resultasse algum dano ao dominante, ou a qualquer outro predio, o inferior devia conservar o seu dique. (*Dalloz*, n. 108; *Demol.*, n. 30; L. 1.^a Cod. de alluv.; *Lobão*, Dissert. sobre as aguas, §§ 34 e 37.)

285. — No exercicio de seu direito de fazer escoar as aguas para o predio inferior, não pôde o dominante superior fazer rego, ou estabelecer escoadouro de modo a inutilisar o caminho particular, pelo qual dever servidão de transito (L. 25, D., de aqua et aquæ pluviae arcendæ; *Lobão*, Dissert. cit., § 54), nem damnificar o caminho ou estrada publica. (L. 2, § 27, D., ne quid in loco publico vel itinere fiat, L. 3, § 3, D., de aqua et et aquæ pluv. arcendæ)

286. — Uma questão importante é a de saber se esta acção prescreve, pelo lapso de trinta annos. A hypothese é a de não ter o predio superior deixado escoar para o inferior as aguas, que o natural declive dos terrenos traziam a este, antes consumio-as no proprio predio, durante o tempo necessario para a prescrição.

Como o fizemos sentir, este direito do dominante é absoluto: já porque as aguas pluvias e de fonte são sua propriedade como accessorios do terreno, segundo a expressa disposição de lei e a doutrina geral de direito (Resolução de 17 de Agosto de 1775; *Lobão*, Aguas, § 76); já porque a servidão de escoamento das aguas funda-se, não no direito do serviente, mas na necessidade ou utilidade do dominante, e a acção *aquæ pluviae arcendæ*, que a protege, *locum habet, si aqua pluviae noscet, non si prosit*; como diz Voet (Obr. cit. n. 2).

A opinião geralmente aceita no nosso direito é a que Pecchio, citado em Lobão, produz nos seguintes termos:

Certum est, actionem aquæ pluviae arcendæ toties competere agenti, quoties apertè demonstrare poterit, illam aquam opere manufacto esse in rivum, vel in fundum alienum introductam; enimvero lapsus temporis etiam longissimi non suffragatu introducenti, cum tenetur opus

destruere, non alia ratione, nisi quia aqua ibi naturaliter non decurrat, sed opere manufacto. Et idcirco quotiescumque talis introductio infert damnum domino fundi vel rivi, non potest fieri in ejus præjudicium. Hæc actio competit toties constiterit de opere manufacto. Sed sic est, quod opus manufactum semper obstat, quoties ex stat memoria factum fuisse, etc.

Esta opinião é correcta. Accresce que a servidão não prescreve, porque ella funda-se na natureza dos lugares (*natura loci*) que é perenne, e porque não ha o fundamento legal da prescrição nas servidões convencionaes, isto é, presumpção de abandono do seu direito por parte do dominante.

287. — Os principios que deixamos expostos auxiliam a solução da duvida proposta por Lobão no § 43 da sua Dissertação sobre as aguas pluvias, duvida em cuja solução empenhou elle as autoridades de Strykio, Cyriaco e Pecchio.

Trata-se de saber se tendo o predio superior deixado de lançar sobre o inferior as aguas que este é obrigado a receber, ou porque as consumisse no proprio terreno, ou porque as desviasse para outra parte, tinha o direito de, sempre que lhe approuvesse, ou que tivesse necessidade, lançal-as novamente para o predio inferior?

Como se vê a questão não offerece grandes difficuldades.

Si o dominante consumio as aguas em seu predio, ou as desviou por outro predio, isso nada influe: o ponto capital é si a escoante pelo predio inferior é a natural das aguas do predio superior: si o fôr está resolvida a questão, desde que se attender que esta servidão natural não é sujeita á prescrição pelo não uso, seja qual fôr o lapso de tempo decorrido.

288. — Qual a acção que protege no nosso direito a servidão legal de escoamento das aguas dos predios superiores para os inferiores?

Lobão pretende (§ 58) que a acção romana *aquæ pluviae arcendæ*, deve ser recebida no nosso direito com a amplitude que tinha naquelle direito, e nos §§ 58 a 70 dedica-se ao estudo do uso e applicação della no nosso fôro.

Não tem procedencia esta opinião do grande pratico.

A *actio aquæ pluviae arcendæ* não protegia no direito romano uma servidão, já o demonstrámos (n. 275); era uma acção especialissima.

No nosso direito, porém, e no direito moderno a escoante das aguas dos predios superiores, constitue uma verdadeira servidão *legal*, segundo a maioria dos codigos; *natural*, segundo oCodigo do Chile (art. 833): ora os meios de proteger as servidões, sem distincção das legaes ou convencionaes, são a *acção confessoria* e os *interdictos possessorios* applicaveis ao caso, como doutrinamos na primeira parte deste trabalho: são estes tambem os meios de amparar no nosso direito a servidão natural ou legal de escoamento das aguas.

289. — Isto quanto ao dominante, senhor do predio superior.

Em referencia ao dono do predio inferior, que póde ser aggravado no onus, que lhe impõe a servidão, fazendo o dominante dique, represa, muralha ou qualquer outra obra, que dê em resultado precipitar-se a agua com violencia no predio serviente, a acção competente é a *acção de damno infecto*, que neste caso, com justa razão, encabeçou Teixeira de Freitas (nota 390 e § 93 de sua edição da Doutrina das Acções) sob a acção de manutenção, remedio possessorio que protege com efficacia o estado de facto constituido pelo exercicio da servidão legal de escoamento das aguas, com os requisitos regulares.

Compete esta acção ao possuidor do predio, ao qual a agua da chuva, ou a cheia do rio, causou damno por motivo de obra, que o réo fez; pede que se desfaça á sua custa, e

pague o dano causado. (Doutr. das Acç., edicç. de *Teixeira de Freitas*, § 39 e nota 431).

Em traços salientes delineou Strykio esta acção nos seguintes termos:

Ad dani imminentis aversionem pertinet actio de aqua pluvia arcenda; quæ pariter ex facto illicito nascitur, si scilicet opus quoddam fecerit quo liber aquæ pluvioe cursus impediatur, et inde prædio meo damnum inferatur (L. 1 in pr. et § 1.º, D. de aq. pluv. arc.) quod variis modis contingere potest. Ad hoc damnum itaque avertendum dominio prædii, cui nocetur dicta actio competit contra dominum fundi, in quo opus factum, ut si ipse fecerit, opus tollat, et in pristinum statum restituat; damna etiam post litem contestatam data resarceat. (De action for. secç. 1.ª, n. 10 § 45.)

Em vez de utilizar o predio inferior a acção *negatoria* pelo excesso e *aggravação* da servidão, como é de direito em relação às outras servidões, usa da de manutenção que é summaria, e tem um processo mais rapido. (*Ramalho, Praxe*, § 277 e notas.)

b) Servidão de passagem d'agua.

290. — A servidão legal de aqueducto, como a criação a Lei de 27 de Novembro de 1804 e as disposições do direito moderno, trouxe a satisfação de uma necessidade, com grande urgencia reclamada pelos interesses da agricultura, em favor dos predios para os quaes as regas constituão um elemento indispensavel de fertilização, e que não tinham meios de empregar nesse melhoramento aguas das quaes o proprietario se poderia utilizar, si não estivesse impedido de fazê-lo, pela interposição de predios rusticos de dominio extranho.

A necessidade levára muitas vezes os proprietarios ao emprego de todos os meios judiciaes e não poucas vezes os recursos aos tribunaes tornarão-se em pleitos demorados e dispendiosos, que afinal trazião o desanimo ás mais perseverantes resoluções. (*Lobão, Dissertação sobre a lei de 1804*, §§ 1 e 2.)

291. — É verdade que já antes da lei de 1804, a jurisprudência havia em diversos julgados (*Lobão*, Diss. cit., § 4.º) reconhecido, firmando-se na urgente necessidade, mais do que nos princípios gerais do direito, a obrigação de assentir o predio intermedio á passagem das aguas, para fins agricolas: erão, porém, casos isolados, sentenças que decidião sobre hypotheses singulares e não podião, de modo algum, constituir regra ou preceito geral, que amparasse todos os casos occurrentes.

A situação era esta. Aquelle que tivesse direito a utilizar-se de agua que possuísse em lugar separado do predio para o qual a poderia e desejaria empregar, e precisasse, para conseguil-o, fazel-a passar por predio pertencente a outrem, estaria disso privado, porquanto não tinha meio de coagir o visinho intermedio a constituir-lhe uma servidão de passagem d'aguas.

A este estado de cousas foi que trouxe remedio a Lei de 27 de Novembro de 1804 nos arts. 11, 12 e 13.

292. — Em França a Lei de 29 de Abril de 1845 teve igual intuito: favorecer o desenvolvimento da agricultura, proporcionando a esta os meios de fertilização dos terrenos, com auxilio das regas: o primeiro passo era pôr ao alcance do agricultor agua em abundancia e facultar-lhe o direito de empregar as aguas que possuísse em terreno separado por outros predios.

Os termos da lei franceza são os seguintes:

Art. 1^{er}: Tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles et artificielles, dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ses eaux sur le fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité.

Sont exceptés de cette servitude, les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations.

Art. 2^d: Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux, qui s'écouleront des terrains aussi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due.

Sont également exceptés de cette servitude, les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations.

A disposição da Lei belga de 27 de Abril de 1848 é idêntica à lei francesa.

293. — Dispõe o art. 11 da Lei de 27 de Novembro de 1804:

Em qualquer das provincias do reino, aonde ou alguma povoação em commum, ou algum proprietario em particular emprender o tirar do algum rio, ribeiro, paúl, ou nascente de agua, ou canal, ou levada para regar as suas terras, ou para as esgotar, sendo inundadas, requererá a qualquer dos ministros de vara branca de termo, ou comarca, para que lhe demarque, e assigne o lugar e sitio mais commodo, por onde ella póde ser construida, ouvindo o parecer de louvados ou pessoas intelligentes: o qual do que acordarem mandará formalizar um processo verbal, e por elle lhe dará, ou negará a licença para a construcção, citando-se por editos as partes interessadas; e do que julgar se poderá recorrer á mesa do desembargo do paço. Não poderão estas obras ser embaraçadas pelos proprietarios dos terrenos, por onde ellas passarem; mas serão obrigados a deixarem construir o aqueducto, e passar a agua, pagando-se-lhe o prejuizo por arbitrio de louvados.

294. — Como se vê o legislador admittio a servidão de passagem d'aguas pelos predios intermedios e autorizou o recurso á autoridade para decretar a sua constituição em sentença proferida em juizo summarissimo, mediante as seguintes condições.

a) O requerente deve ter o direito de usar das aguas que quizer conduzir ao seu predio.

b) Taes aguas deverão ser destinadas unicamente ás regas das terras, ou a mover engenhos e não podem ser utilizadas em outros misteres ou serviços que não forem ruraes.

c) O aqueducto deve ser construído em lugar designado pela autoridade e considerado o mais idôneo a juízo de peritos.

d) O requerente, aquele que vai utilizar-se da servidão deve indenizar o semente do prejuízo causado; também segundo o laudo de peritos.

e) A servidão é somente concedida ao proprietário do prédio e não a qualquer detentor (*Lobão* Diss. cit., § 17)

295. — a) Quanto ao primeiro requisito, o direito conferido pela lei é amplíssimo. O dominante pôde retirar a água dos rios que as leis reconhecem como públicos, isto he, *dos navegáveis e dos de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que correm em todo o tempo.* (Ord. do Liv. 2, tit. 26, § 8.º; *Arouca*, de rer. division., L. 2 § 1.º, n. 64; *Lobão*, Diss. cit. §§ 7 e 8); dos rios particulares (*ribeiras*) que compreendem os que nascem e os que passam nos terrenos particulares, não sendo navegáveis, nem tendo o curso perenne: neste caso compreende-se não sómente a água de ribeiro cujo uso nos é próprio, mas aquella sobre a qual temos servidão legalmente constituída de tirada d'água. (*Lobão*, Diss. cit. §§ 9 e 12); dos paúes e nascentes d'água, compreendendo-se na primeira denominação todas as águas de duração transitorias, ou invernosas, ou que fazem encher as depressões dos terrenos e constituem brejos, lagoas e alagadiços.

Compreende-se igualmente entre estas as águas das chuvas.

As leis franceza e belga que citamos conferem a servidão sobre as águas de que o dominante *tem o direito de dispor*.

Os interpretes e commentadores ampliam não sómente ás que o proprietário tem por *domínio*, como por concessão legal ou qualquer *direito de uso*: e as águas podem provir de rio, ribeira, poço, pantano ou

das chuvas. (*Demol.* n. 206 e 207; *Laurent*, vol. 7.º, n. 377 e seg.; *Mourlon*, n. 1693; *Dalloz*, palavra *Servitude*, n. 2671.)

Segundo a doutrina francesa a faculdade de requerer a servidão compreende o ribeirão de um rio, lago ou tanque alheios, que tivesse adquirido a servidão de uso ou de tirar água. (*Demol.* n. 209 a 211; *Laurent*, n. 378 a 379; *Dalloz*, n. 262; *Mourlon*, n. 1694.)

Sobre este ponto não podem ocorrer dúvidas no nosso direito: os termos da lei são claros e a prática tem dado toda a amplitude ao reconhecimento do direito sobre as águas.

D'ahi o terem diferente solução, perante a lei de 1804, algumas dúvidas que os commentadores francezes suggerem; entre ellas especialisaremos a seguinte:

O ribeirão de um rio, não tendo por qualquer circumstancia meios de extrahir água do rio, póde tiral-a na parte em que é ribeirão o vizinho e conduzil-a através do predio deste para o seu?

Não, dizem os commentadores francezes; porque seria usar contra o vizinho da servidão da tirada d'água, a que o dominante não tem direito, limitando-se a sua faculdade á servidão de passagem d'água. (*Demol.* ns. 212 e 213; *Laurent*, n. 380, 2º periodo.)

Esta solução não póde ser aceita, em absoluto, no nosso direito.

As expressões usadas pela lei no art. 11: *emprehender ou tirar de algum rio*, etc., tornam necessária uma distincção:

Ou a água tem de ser tirada de um rio publico, e nesta hypothese a doutrina francesa não tem applicação, por isso que todos podem tirar água do rio publico e fica pertencendo ao dono do predio onde penetrar, ou ao dono do aqueducto, por meio do qual fôr conduzida:

consequentemente, o direito de tirar agua do rio publico sendo indiscutivel, o requerente póde obter servidão pelo predio ribeirinho, para fazer passar por elle a agua, a que tem direito. (*Lobão, Aguas, § 68.*)

Ou a agua é nascida no predio vizinho (*Lobão, Aguas, § 65*), ou, posto que nascida em predio diverso, penetrou naquelle naturalmente (*Lobão, Aguas, § 66*): neste caso, a tirada d'agua é impossivel, a menos que seja objecto de uma servidão convencional, porque as aguas são da exclusiva propriedade do dono do predio. A esta hypothese é que se deve applicar, no nosso direito, a doutrina franceza acima expendida.

296. — Segundo a lei de 1864 (art. 11), as aguas que fazem objecto da servidão de aqueducto devem ser destinados á *rega das terras*, ou para *alguns engenhos* (art. 12).

Quanto ao primeiro destino: rega das terras, as leis franceza e belga são igualmente expressas; mas com exclusão de qualquer outro fim — pour l'irrigation des propriétés; dizem as citadas leis (Demol., n. 205; Laurent, n. 382; Dalloz, n. 264; Mourlon, n. 1692); ao passo que, segundo o art. 12 da nossa lei, ellas pódem ser utilizadas para alguns engenhos, o que tanto póde indicar para fornecel-os d'agua, como para movel-os; neste ultimo sentido devem ser de prefencia entendidas as expressões da lei.

As distincções que faz Lobão (§ 16) sobre as diversas especies de regas e tempos em que devem ser utilizadas, não têm a menor applicação ao nosso estado de cousas, e já não a tinham no direito portuguez. O uso das aguas para a rega das terras era concedido com a maior amplitude.

297. — c) A' autoridade competente cabe marcar o lugar onde deve ser collocado o aqueducto; esta designação faz-se por peritos, attendendo-se ás condições do terreno e menor prejuízo que se possa causar ao serviente.

A competência dos juizes municipais para processar estas acções summarissimas e a dos juizes de direito para julgar-as está firmada nos arts. 23 e 24 da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871.

Os juizes de *vara branca*, de que trata o art. 11 da Lei de 1804, eram os juizes de fóra: a vara branca distinguia-os dos juizes ordinarios. (*Lobão*, Diss. cit., §§ 24 e 26).

A commodidade do *sítio*, de que falla a lei, entende-se em referencia ao serviente e ao dominante (*Lobão*, Diss. cit., § 32, 2.º alinea): ao juizo dos peritos deve ficar a apreciação do facto, e todas as regras e hypotheses figuradas por Lobão (*Obr. cit.*, §§ 28 a 32) nenhum valor têm, como preceitos e regras a observar, porquanto a inspecção da localidade será sempre indispensavel.

A forma do aqueducto póde ser a que mais conveniente fôr ao dominante, com tanto que não aggrave a condição do serviente. (*Laurent*, 7, n. 387.)

A lei usa das expressões *canal* ou *levada*: comprehende-se no *canal*, o rego feito no sólo, o de pedra⁴² alvenaria e tijolo; por *levada*, entende-se, segundo o proprio Lobão, (§ 15) não sómente o rego que conduz a agua, como tambem a *repreza*, *açude* ou *eclusa*.

Segundo a pratica hodierna a servidão de aqueducto dá o direito de fazer regos, canaes e represas necessarias para melhor conducção das aguas.

⁴² Era ponto de duvida entre os escriptores portuguezes, si ao dominante éra licito mudar a forma do aqueducto, construido a principio para escoamento do terreno, e transformal-o em obra de pedra com paredes assaz largas, para dar passagem nas épocas da limpeza.

A opinião geral éra negativa e fundava-se na disposição do § 10 da Lei 1.ª D. de rivis onde Ulpiano opinava nessa conformidade.

Reflectindo, porém, que razões de grande procedencia podião aconselhar a conveniencia da modificação do canal feito em terreno poroso, que vazasse e formasse no predio serviente depositos de agua estagnada, ou o damnificasse de qualquer outro modo, os escriptores mais recentes, entre elles o proprio Lobão (Diss. cit. §53) adoptarão a affirmativa.

Ao dominante cabe, como já dissemos, o direito de usar do meio que maior utilidade lhe prestar: ha só um limite a esta faculdade: não agravar a condição do serviente; assim, se do rego feito no sólo provier damno pelo vazamento da agua, o dominante é forçado a reparal-o e substituir o rego por outro mais seguro.

298. — *d)* O dominante deve indemnizar o serviente do prejuizo que lhe causar a collocação do aqueducto; isto é deve reparar-lhe os danos que resultarem da servidão, tudo segundo os laudos dos peritos.

Esta indemnisação deve ser completa: comprehenderá, porém, o valor do terreno occupado pelo aqueducto?

Os tratadistas portuguezes que escrevêrão sobre o assumpto opinão no sentido affirmativo. Lobão que largamente dissertou sobre a Lei de 27 de Novembro de 1804, apoia esta solução na autoridade de grande numero de escriptores entre elles Pecchio: *Verum tamen est terram occupandam esse solvendam.* (Lobão, Diss. cit., §§ 47 e 49).

Alguns codigos modernos exigirão expressamente que a indemnisação comprehendesse o valor do terreno: (Codigo Civ. do Uruguay, art. 534; Cod. Civ. do Chile, art. 865; Cod. Civ. de Venezuela, art. 559).

Nada disto, porém, resolve a questão entre nós.

O pagamento do preço do terreno, imposto pela necessidade da locação da servidão de aqueducto, servidão que sendo fundada em lei expressa a parte que a deve soffrer não póde arredar nem evitar, importa em desappropriação dessa porção de predio alheio: ora, este modo de privação de objecto do direito de propriedade de alguém sómente se póde operar nos termos restrictos do § 22 do art. 179 da Constituição do Imperio, que teve no artigo 1.º da Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845, o preceito da lei ordinaria que lhe proporcionou effectividade de applicação, na parte que determinou o sentido das expressões: *utilidade publica*.

A *utilidade publica*, que autorisa a desapropriação do dominio individual sómente se dá quando entra em jogo o *proveito immediato de todos, a utilidade geral*. (Lei de 1845, cit.; *Ducros*, Cours de Droit administratif, vol. 2.º, ns. 687 e 689). A *utilidade* que provem da concessão de aqueducto particular, considerada como fundada no interesse geral *mediato* que todos tem no desenvolvimento da agricultura, não é a *utilidade publica* a que se refere a Constituição, e si o fosse sel-o-hião, igualmente, todos os casos em que a lei reconhecêo a necessidade ou conveniencia de uma servidão legal. A noção que dá o Sr. Laffayette na nota 10 ao § 122 do seu Tratado intitulado Direito das Cousas é incontestavelmente forçada, tanto que o proprio illustre escriptor repelle-a na nota 2 ao § 125 quando aceita, como solução correcta, a que oflerece o art. 2312 do Codigo Civil Portuguez, e que é a condenação da doutrina da desapropriação.

O citado Codigo Portuguez dispõe: AO ADQUIRENTE DO DIREITO DE PASSAGEM NÃO PERTENCE A PROPRIEDADE DO TERRENO, MAS TÃO SÓMENTE UMA SERVIDÃO, que será regulada nos termos dos arte. 2267 e 2285.

E' este o verdadeiro principio, que deve ser applicado por identidade de fundamento á servidão do aqueducto, e que se coaduna com a noção da servidão tal qual a produzimos na primeira parte deste trabalho de accordo com a opinião de todos os doutrinadores e Codigos modernos.

Effectivamente, si o dominante tem de pagar o valor do terreno onde collocar o aqueducto, o direito que fica tendo de passagem d'agua deixa de ser uma servidão, por isso que exercita-se sobre terreno da sua propriedade, e ninguem póde ter servidão sobre o seu proprio terreno: *nulli res sua servit*, diz Paulo. (L. 26, Dig. de servit. præd. urban.)

A verdadeira doutrina é que em caso nenhum póde ser o dominante obrigado a pagar o preço do terreno occupado pelo aqueducto, sob o pretexto de indemnisação, quando elle trata apenas de constituir

uma servidão e a indemnização desta é apenas a *reparação* (como diz Laurent) do prejuízo que provém de percorrer o predio, de ocupar um terreno de que o serviente, que sempre continúa a ser proprietário, poderia dispôr de modo mais proficuo para si.

Não é difficil dar valor a este *uso* do terreno para ser incluído na indemnização que deve ser paga; é este o expediente do Código Civil Argentino: o valor de *uso*, póde ser dado por annuidades, o que facilita a solução da diffículdade.

El dueño del predio serviente tendrá derecho para que se le pague un precio *por el uso del terreno* que fuese ocupado por el acueducto y el de un espacio de cada uno de los costados qui no baje de un metro de anchura en toda la extension de su curso. (Cod. Civ. Argentino, Liv. 3.º, tit. 13, cap. 1.º, art. 18.)

Si houver necessidade do arrancar alguma arvore de preço, abrir ou deitar abaixo alguma parede, ou fazer qualquer outro semelhante estrago, para collocação do aqueducto, constituindo isso *prejuízo* comprehendido na expressão da lei, deve ser avaliado pelos peritos e indemnizado (*Lobão*, Diss. cit., §§ 50 e 51); não tem, porém, razão o que com grande aparato de textos pretende *Lobão* affirmar (Diss. cit., §§ 44 a 46) em prol da indemnização de excessos, que, decretado nas leis citadas para casos especialissimos, torna-se *ipso facto* impossivel a ampliação por semelhança á hypothese da servidão de aqueducto.

299. — A lei franceza de 29 de Abril de 1845 decreta tambem uma — *juste e préalable* indemnisation a qual deve ser como a indemnização decretada em materia de desapropriação forçada, por causa de utilidade publica, *justa e prévia*.

A expressão *justa* equivale a *completa* e entende-se nos termos em que acima mencionámos a indemnização estabelecida pela lei portuguesa de 1804.⁴³

300. — e) A servidão é sómente concedida em favor do *proprietario* das terras e não de qualquer *possuidor*, ou detentor *alieno*

⁴³ As expressões empregadas pelo relatório oferecido por Dalloz na Câmara francesa, para servir de base à discussão da lei, insiste na noção de uma desapropriação na servidão de aqueducto e pagamento do preço do terreno ocupado.

Le respect de la propriété, dizia o relator, a porté votre commission à exiger que l'indemnité fut préalable et payée avant le commencement des travaux, et sans la prise de possession provisoire. L'indemnité doit aussi être juste, c'est à dire proportionnée au dommage réel qu'éprouve le propriétaire du fonds traversé par les eaux. Dans cette appréciation doit entrer non seulement la valeur du terrain dont il se trouve privé par le canal et ses dépendances, mais encore le préjudice que lui causent la confection et l'existence du canal et de la séparation de la propriété en deux ou plusieurs parties. Cette indemnité est, au reste, indépendante de celle qui peut lui être due par les dégradations, que sa propriété aura éprouvées par l'irruption des eaux, et qui resulteraient de la négligence que le propriétaire des eaux apporterait dans l'entretien et le curage de l'aqueduc. (Conf. *Dalloz*, Repert., verb. Servit., n. 277; *Laurent*, n. 389; *Mourlon*, n. 1699.)

No entanto, nada indica na lei francesa que a indemnização por ella decretada deva comprehender o preço do terreno occupado pelo aqueducto: antes o que expõe Demolombe sobre o que occorreu, neste ponto, por ocasião da discussão do projecto na Câmara francesa, leva á convicção contraria. Para que a maior fidelidade do pensamento do citado escriptor seja guardada, transcrevemos integralmente as suas palavras:

La proposition originaire (de M. Augeville), admettait, dans ce cas, l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique, du terrain nécessaire à la conduite des eaux. MAIS LA COMMISSION DE LA CHAMBRE DES DEPUTÉS A JUSTEMENT PENSÉ QUE CE DROIT SUPRÊME D'EXPROPRIATION NE DEVAIT APPARTENIR QU'À LA PUISSANCE PUBLIQUE, ET NE POUVAIT PAS ÊTRE PLACÉ, EN QUELQUE SORTE, DANS LES MAINS DES PARTICULIERS. ON N'A DONC AUTORISÉ QUE L'ÉTABLISSEMENT D'UNE SERVITUDE; d'où il suit que le propriétaire qui veut conduire des eaux à travers le fonds d'un autre ne peut pas exiger qu'on lui cède la propriété d'une partie de ce fonds, pas plus d'ailleurs qu'il ne pourrait être forcé de l'acquérir. (*Demol.*, Servit., vol. 1^o, n. 203.)

Si o pagamento do preço e valor do terreno não importa a aquisição delle pelo dominante, si o serviente continúa em seu dominio, para que se dê uma servidão, a extorsão é clamorosa, e como admittil-a sem apoio em disposição expressa de lei? O maior e mais valioso argumento em favor da opinião que combatemos está na disposição do § 3.º do art. 16 da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, a qual, tratando dos onus a que ficam sujeitas as terras devolutas que forem vendidas a particulares, menciona entre elles o de *consentir a tirada d'aguas desaproveitadas e a passagem dellas, precedendo a indemnização das bemfeitorias e terreno occupado*.

A *indemnização do terreno occupado*, não deve ser o pagamento do preço do seu valor, o que importaria uma desapropriação por utilidade privada, mas sim a prestação do seu *valor de uso*, o que faz, como dissemos, conservar á passagem de aguas o seu caracter de servidão, cuja noção, a aceitar-se a opinião contrária à nossa, ficaria profundamente abalada.

nomine: o proprietário pôde ser individual, ou uma colectividade (uma povoação) que a lei equipara áquelle, para os efeitos da servidão.

Alguma povoação em commun, ou algum proprietario em particular, diz o art. 11 da lei.

A servidão sómente é concedida quando se tratar da rega das terras pertencentes ao que requer a concessão do aqueducto. As expressões: *suas terras*, de que usa a lei, confirmam o que já revelava a palavra *proprietario*.

O dominio é indispensavel: a exclusão dos que não o têm é a consequencia.

O que tem *dominio util*, o que o tem *resoluvel*, estão igualmente comprehendidos na lei: assim o *emphyteuta* e o *fidei-commissario*. (Lobão, Diss. cit., § 17.)

Pour l'irrigation de ses propriétés, dizem a lei franceza de 1845 e a belga de 1848, o que parece não autorisar outra consequencia além da que tiramos da disposição da nossa lei. (Veja-se: *Demolombe*, n. 205; *Dalloz*, n. 262; *Laurent*, n. 582; *Mourlon*, n. 1694); todavia, *Laurent* (n. 379) sustenta que no direito belga a servidão pôde ser estabelecida pelo ribeirinho em utilidade e para irrigação do predio e terras de outro proprietario, e isto fundado na jurisprudencia que tem admittido a servidão de aqueducto a um ribeirinho em favor e utilidade de um predio não ribeirinho.

Une fois ce droit reconnu, il faut être logique et admettre aussi les conséquences qui en découlent; si le droit d'irrigation peut être transporté à un héritage non riverain, qu'importe que cet héritage appartienne à un riverain ou à un non riverain? Cest pour les fonds qu'il est établi et non pour les personnes.

E as expressões — DE SES PROPRIÉTÉS, de que usa o art. 1º da lei belga de 27 de Abril de 1848?

Esta interpretação, ampliativa da letra da lei, está bem pouco de accôrdo com os principios de interpretação restrictiva professados em materia de servidão por Laurent (n. 382), e principalmente por aquelle rigoroso preceito de hermeneutica, produzido nos seguintes termos (n. 377):

L'on s'attache au texte et à l'esprit de la loi, sans se préoccuper des intérêts généraux, ni des progrès que l'agriculture et l'industrie ont accomplis depuis la publication du code civil: c'est notre méthode dans tout le cours de cet ouvrage.

A dificuldade surge, no direito francez, em face do art. 644 do Codigo civil, que sómente concede o uso das aguas aos ribeirinhos: mas a jurisprudencia tem feito sentir a sua acção neste ponto, e admittido a ampliação do direito á servidão de aqueducto ao cessionario não ribeirinho. (*Dalloz*, n. 263.)

301. — O processo para a concessão desta servidões é simples.

Na petição, que deve ser dirigida ao juiz municipal do termo, nas comarcas geraes, ou ao de direito, nas especiaes, fundamenta-se a necessidade do aqueducto cujo estabelecimento se requer, e pede-se ao juiz que mande citar o réo (e sua mulher, si fôr casado) para vir á primeira audiencia louvar-se em peritos, que marquem o lugar e estipulem o valor da indemnisação, com a comminação do serem os peritos nomeados á sua revelia.

Feita a louvação, marca-se dia para a vistoria, com assistencia do juiz.

Lavrado o auto, no qual deve constar os laudos dos louvados, sobem os autos á conclusão do juiz, que julga por sentença, na qual ordena que feito pelo requerente o deposito da quantia arbitrada, possa iniciar as obras do aqueducto. A sentença é que lhe fica servindo de titulo de servidão. Della não cabe recurso algum, nem o de embargos; *não*

poderão estas obras ser embaraçadas, diz a lei. (Pereira e Souza, Prim. Linh., nota 1022; Lobão, Diss. cit., §§ 24 a 42.)

Cabe aos juizes de direito ou aos municipaes proferir ou não esta sentença, segundo o valor da indemnisação exceder ou não de 500\$000. (Lei de 20 de Setembro de 1871, arts. 23 e 21.)

302. — As consequências do estabelecimento do aqueducto para os dous interessados, dominante e serviente, são, além das que em regra provém das servidões e que ficão enumeradas na parte geral deste trabalho, as que entendem em particular com a posição especial de ambos. Assim o dominante tem o direito de entrar no predio serviente, para limpar o aqueducto, fazel-o, melhora-o, desobstru-o, etc., etc. (*Lobão, Diss. cit. §§ 52 e 54; Pereira e Souza, not. 1022.*)

Se, para consolida-o fôr necessario transformar o que era de terra em outro de pedra, nada o embaraça que o faça; a doutrina em contrario de Lobão (Diss. cit. § 52) carece de fundamento, o que, aliás, o mesmo escriptor reconhece em seguida (§ 53).

Ao serviente compete não crear embaraço ao uso da servidão e á limpeza do aqueducto póde, porém, murar seu terreno desde que deixe passagem para as aguas. (*Lobão, Diss. cit. § 56; Per. e Souz. not. 1022; Cod. Civ. Argent., Liv. 3.º, tit. 13, cap. 1º, art. 19; Cod. Civ. Chileno, art. 866; Cod. Civ. do Uruguay, art. 535.*)

303. — Póde o serviente utilizar-se das aguas do aqueducto?

Por ocasião da discussão da lei franceza de 1845, alguns *conselhos geraes* pedirão que se consagrasse na lei, que se confeccionava, autorização ao serviente ou servientes, para o uso das aguas que por suas terras passassem. O parlamento francez recusou essa concessão, que, com justa razão suppunha fertil em contestações e duvidas.

Alguns escriptores concedem, todavia, o uso das aguas com moderação e para as necessidades domesticas, lavagem de roupas, etc., etc. (*Demol.* n. 214; *Laurent*, n. 390; *Dalloz*, n. 280.)

Esta doutrina deve ser aceita entre nós. O serviente não póde utilizar-se das aguas, para estabelecer desvios e applical-os á irrigação das suas terras. Não tem applicação ao caso a disposição contida nas expressões: *aquelle proprietario que pretender regar de novo, etc.* do art. 13 da Lei de 1804, as quaes regem hypothese diversa, como veremos mais adiante.

Com que fundamento, porém, impedir que elle se utilize della para serviços domesticos, desde que não damnifique o aqueducto ou reduza o volume das aguas, causando assim prejuizo ao dominante?

A doutrina rigorosa de Berlin (*Cod. des irrigations*, n. 328) é inaceitavel.

304. — O aqueducto não póde passar por terrenos occupados por casas, quintaes murados, jardins, pateos, etc. (art. 12 da Lei de 1804.)

A lei franceza foi mais explicita do que a nossa:

“Sont excéptés de cette servitude, les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations.” (Art. 1.º, 2.º alinéa.)

Nas expressões *casas* comprehendem-se todos os edificios, e não sómente as casas de habitação; assim como os pateos, jardins, quintaes, ainda que não sejam murados, desde que estejam ligados ás habitações: a lei de 1804 sómente impede a passagem do aqueducto pelos quintaes murados.

Os terrenos cercados, segundo o costume do lugar, estão isentos da servidão. (*Demol.*, n. 224; *Lobão*, Dissert. cit. §§ 59 e seg.; *Per. e Souza*, nota 1022.)

305. — Qual o destino que se deve dar às águas que serão introduzidas no predio, por meio do aqueducto, para o fim da irrigação?

A lei franceza, de 29 de Abril de 1845, dispôs sobre este ponto no seu art. 2.º:

Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux, qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due.

Sont également exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations.

Esta disposição é reproduzida no art. 2.º da lei belga de 27 de Abril de 1848, nos mesmos termos da lei franceza.

Estas leis, com louvável providencia, estabeleceram o meio de ser eliminada do predio dominante a água, que não houvesse sido absorvida pela terra no processo da irrigação, e que, a não terem um escoamento, tornar-se-hiam estagnadas e prejudicariam os terrenos que sómente tivera o legislador em vista beneficiar, com a concessão da servidão de aqueducto.

As disposições das leis citadas estabelecem, contra os predios inferiores, uma servidão nova para escoamento das águas trazidas pelo aqueducto: a primeira é consequentemente dependente da segunda; d'ahi provém o entenderem alguns que ella não necessita de ser estabelecida pela autoridade publica em processo diverso daquelle pelo qual foi constituida a primeira: antes, firmada esta, acha-se *ipso facto* constituida a segunda (*Laurent*, n. 395); cabendo apenas aos tribunaes regular o exercicio, determinando o curso que deverão seguir as águas para serem esgotadas.

Apezar de citar Laurent, em apoio desta doutrina, um julgado da Corte de Cassação, quer, todavia, me parecer que não deve ser, em absoluto e sem critica, adoptada esta opinião.

Basta reflectir que a segunda servidão póde ser desnecessaria, o que occorrerá si tiver o dominante da servidão de aqueducto meios de consumir em seu proprio predio as aguas trazidas para a irrigação.

A opinião de Demolombe (n. 202) parece-nos mais juridica.

Segundo este escriptor, os tribunaes, a requerimento da parte interessada, quando concederem a servidão de passagem d'agua por aqueducto, para irrigação, podem conceder outra de passagem d'agua, pelos predios inferiores, para o escoamento e esgoto das aguas recebidas.

Esta servidão póde comprehender, não sómente o predio inferior vizinho, mas os outros, até que as aguas alcancem um escoadouro natural.

Como a de aqueducto, não póde esta servidão ser exercitada em terrenos occupados por jardins, hortas, tapadas, quintaes e edificios, comprehendendo-se nestes, não sómente as casas para habitação, como ainda para qualquer outro fim. (*Dalloz*, n. 279.)

O dominante é obrigado a pagar aos predios inferiores o prejuizo que causar com a servidão de escoamento. O preço da indemnisação deve ser estipulado por peritos, da mesma maneira que no caso da servidão de aqueducto.

A nossa lei de 27 de Novembro de 1804 adoptou tal servidão?

Não é possível negal-o á vista das expressões: *para regar as suas terras*, que se referem á servidão de aqueducto; ellas tiveram tambem por fim estabelecer o meio de prover á sahida das aguas

introduzidas pelo aqueducto que podiam prejudicar em alto gráo o predio favorecido com a primeira servidão.

Lobão, que se occupou longa e prolixamente em figurar nos §§ 18 a 23 da sua dissertação sobre a lei de 1804 hypotheses a que teriam applicação aquellas expressões da lei, não teve a lembrança de referir-se ao escoamento das aguas utilizadas na rega das terras, entre as que se deviam comprehender na phrase da lei.

Mais cautelosos do que o nosso foram os legisladores francezes, que, adoptando as disposições da lei portugueza de 1804, destacaram com grande criterio e clareza de idéas a hypothese da escoante das aguas provindas das regas dos terrenos, da que sómente devia comprehender as aguas estagnadas ou pestilentas, provindas das chuvas ou de qualquer outra origem, que não a da servidão de aqueducto.

306. — O art. 13 da Lei de 27 de Novembro de 1804 dispõe:

Os referidos aqueductos não ficarão constituindo servidão; mas a todo o tempo que qualquer das propriedades venha a murar-se, ou vallar-se, sómente serão obrigados seus donos a deixarem passar a agua, e concertar o aqueducto, sem serem obrigados á serventia de dar caminho, ou passagem pela propriedade. Assim como a todo o tempo poderá o proprietario do terreno requerer a mudança do aqueducto, se ella não prejudicar á passagem d'agua, e fôr conveniente ao predio, e fazendo, a mudança á sua custa. E aquelle proprietario que pretender regar de novo as suas terras, depois de já se achar construindo o aqueducto, será admittido a ter parte na divisão da agua, pagando a sua quota parte da despesa aos mais interessados, que o fizerão construir; e quando esses se não possam individuar a depositará no Cofre do Conselho. E quando fôr necessario haver divisão judicial da agua, neste se seguirá o arbitrio de louvados intelligentes.

Neste artigo convém destacar tres membros que encerrão hypotheses de differente natureza, cujo estudo em separado é de inteira necessidade para melhor comprehensão da materia.

307. — a) O primeiro periodo começa com a seguinte frase: *os referidos aqueductos não ficarão constituindo servidão.*

Ha defeito de redacção. A lei no art. 11 dispõe, ao contrario, sobre os meios praticos de ser constituída a servidão, e affirma do modo o mais claro e preciso. Estas expressões devem ser entendidas em confronto ás que se lhe seguem e que as completão.

Não é á passagem d'agua que a lei nega o caracter e os efeitos juridicos da servidão: o legislador, não desejando agravar a posição do serviente, a quem impunha o grande onus de admittir a construcção do aqueducto em suas terras, estabeleceu restricções ao principio geral, consagrado na Lei 3.^a, § 3.º, D. de servit. præd. rust. e aceito no direito moderno, que a concessão de uma servidão importa a de todas as outras que forem necessarias para o seu exercicio (Cod. Civ. franc, art. 695; Cod. Civ. Ital., art. 639; Cod. Civ. Arg., Liv. 3.º, tit. 13, art. 49) e tornou saliente que a servidão de aqueducto não importa a de caminho, ou de passagem nas margens do aqueducto, antes reconheceu ao serviente o direito de murar os terrenos ou cercal-os com vallas; ficando unicamente obrigado a dar passagem á agua e para concertar o aqueducto: *sem serem obrigados á serventia de dar caminho, ou passagem pela propriedade.*

Esta intelligencia dada por Lobão (Dissert. cit., §§ 65 e 66) é confirmada pela doutrina que concede a entrada no predio serviente unicamente para limpeza do aqueducto, concertos, desobstrucção, etc. etc. (Cod. Civ. Arg., Liv. 3.º, tit. 13, art. 19; Cod. Civ. Port., art. 458; Cod. Civ. do Uruguay, art. 535; Cod. Civ. Chileno, art. 866.)

Não quer isto dizer, porém, que se o dominante notar falta d'agua no aqueducto e acreditar com fundamento, que ella provenha de desvios feitos pelo serviente, não tenha o direito de penetrar no predio serviente para verificar o facto e desforçar-se *in-continenti*, inutilizando as obras feitas para operar semelhantes desvios, seguindo assim o direito



que a todo o possuidor concede a Ord. do Liv. 4.º, tit. 58, § 2.º (*Lobão*, Diss. cit. § 66.)

308. — *b)* Em seguida reconhece a lei ao serviente o direito de mudar o local do aqueducto, mediante as seguintes condições: que não prejudique a servidão; que seja de grande utilidade para o serviente a mudança; que este a faça á sua custa.

Comquanto o principio capital seja que ao serviente não é dado operar a mudança do local do exercicio da servidão; todavia, foi reconhecido ainda no direito moderno (Cod. Civ. Franc., art. 701, 2.º alinea) que este facto podia ser justificado, de accôrdo com os principios geraes sobre a materia, segundo os quaes o direito real da servidão deve ser exercitado do modo o menos oneroso para o serviente, sem offensa da utilidade do dominante, pelo estado dos lugares.

Todas as vezes, pois, que o exercicio da servidão se tornar mais gravoso ao serviente, e puder, sem detrimento do dominante, ser exercitado em lugar diverso, póde levar-se a effeito a mudança.

A lei faz depender o facto da intervenção do juiz, e com razão.

O serviente deve requerer a mudança, adduzindo fundamentos procedentes. O juiz ordenará uma vistoria, para a qual fará citar as partes interessadas para louvarem-se em peritos: estes darão seu laudo á vista do lugar e devidamente instruidos pelas informações que julgarem necessario colher.

Feitos os autos conclusos, depois de ouvidas as partes, o juiz decidirá, autorisando ou não a mudança, segundo lhe parecer procedente, ou não, a razão apresentada. (*Lobão*, Diss. cit., §§ 67 e 68.)

309. — *c)* As expressões, que se seguem na lei, entendem com a hypothese de haver mais de uma pessoa com direito ás aguas que são tiradas pelo aqueducto e desejarem utilizar-se dellas.

O direito romano já havia legislado sobre ella. (L. 2, §§ 1.º e 2.º, D., de servit, præd. rust.)

Potest autem non uni tantum, sed et pluribus eundem per locum aquæductus concedi, ut vel simul, ut vel diversis singulis diebus horisve ducent, si modo aquæductus et aqua omnibus sufficiat. (*Voet*, liv. 8.º, tit. 3.º, n. 6.)

O meio de levar isto a effeito é, segundo a lei, antes de tudo, indemnizar cada um dos interessados as despesas feitas com o aqueducto, não incluindo, porém, nestas o valor do terreno occupado pelas obras, mas sim o preço de seu uso, o qual faz parte da indemnisação que deve prestar o dominante. (*Cod. do Chile*, art. 865; *Cod. do Uruguay*, art. 554; *Cod. Italiano*, art. 605; *B. Carneiro*, vol. 4.º, § 36, n. 39.)

Satisfeita assim a quota parte da despesa com o aqueducto, fica-lhe salva a partilha das aguas, porque devendo ser ella utilizada por muitos, sómente por meio de partilha se poderá discriminar o uso que a cada um póde caber.

As leis 4.^a e 5.^a de aqua cottidiana et æstiva tratavam de um modo de divisão segundo o tempo de uso e segundo a medida, isto é, uso pela quantidade de aqua; a nossa lei, para evitar, sem duvida, as grandes contendas que se pódem originar do facto, estabeleceu como modo unico a divisão por meio de peritos, a qual será adoptada sempre que em juizo houver de ser liquidada a partilha para uso das aguas.

310. — *Aquelle proprietario que pretender regar de novo as suas terras*, diz a lei.

Comprehendem estas expressões o predio serviente?

E' ponto de duvida no direito francez e belga, como o fizemos vêr anteriormente: no nosso, á vista dos termos empregados pelo legislador, deve-se opinar que não é negada ao serviente a faculdade de

entrar no gozo das aguas, com os demais co-proprietarios, com uma condição: *que tenha direito às aguas*.

Dado o facto, promptificando-se a indemnizar a quota do valor do aqueducto, nenhuma contestação se póde oppôr á sua admissão á coparticipação nas aguas.

E' claro que o *direito*, neste caso, póde consistir na faculdade que todos tem de estabelecer derivações nos rios publicos.

O que doutrina Lobão (Diss. cit §§ 70 e 73) em confirmação destes principios é correcto.

Convem notar que a insufficiencia das aguas póde ser motivo não sómente para ser o uso adjudicado por tempo, como mesmo, no caso de não ser aceito este meio, impossibilitar a partilha, se as aguas forem tão escassas que mal cheguem para a rega das terras do primeiro dominante e absorva-as o sólo (*Lobão*, aguas § 213; *B. Carneiro*, vol. 4.º. § 36, n. 40).

As de dominio singular estão excluidas desta partilha, e não é lícito a qualquer proprietario, propôr-se a pagar a quota da despesa do aqueducto para haver o uso das aguas: o direito a estas deve preexistir, para autorisar a partilhar as aguas, indemnizando o preço das obras na proporção do seu quinhão (*Lobão*, Diss, cit., § 74; *B. Carneiro*, § 33, n. 23 e 24).

Insistindo ainda sobre o modo de divisão das aguas convem estabelecer que o principio pelo qual se devem guiar os peritos, como constituindo a regra a mais aceita geralmente, é a que se pretende fundamentar nas necessidades dos predios, as quaes variam segundo a sua grandeza e numero de habitantes. (*Lobão*, Diss. cit. §§ 78 e 79, 2.º alinea; *B. Carneiro*, § 33, n. 41)

Si as aguas não chegarem para fornecer todos os predios, fazendo-se applicação da regra, é preferível, a julgar-se prejudicada a

servidão, operar-se a divisão por horas, de modo que possa cada um dos predios ter uma quantidade proporcional d'agua. (*C. da Rocha*, § 470.)

Mencionamos estas regras como guias para os peritos que tem de fazer a divisão das aguas, e para os juizes que tem de homologar os laudos e julgar, afinal, a partilha, alterando-a ou reformando-a segundo os casos occurrentes.⁴⁴

c) Servidão de escoamento das aguas estagnadas.

311. — O art. 11 da lei de 27 de Novembro de 1804, nas palavras: *ou para as esgotar sendo inundadas*, reconhece a servidão sobre os predios inferiores para a escoante de todas as aguas que estagnarem no predio superior, qualquer que seja a origem dellas, e mesmo que provenham de uma fabrica, na qual houvessem sido utilizadas

⁴⁴ No direito romano a servidão de aqueducto era sempre convencional; a sua noção era diferente da de servidão de *passagem d'aguas* que é criação do direito moderno.

A servidão de aqueducto era muitas vezes, no direito romano o complemento necessario, o accessorio da *aquæ haustus*; é assim que ella consistia, quer no direito de fazer passar a agua pelo predio do visinho provindo a agua de outro predio, quer na faculdade de passar por um predio a agua no mesmo extrahida.

Aqueductus, diz Voet, *est jus aquæ ducendæ per fundum vel ex fundo alieno*. (Liv. 8.º, tit 3.º, n. 6)

Esta noção concorda com a definição que dão a Instituta no § inicial de *servit præd* e a lei 1.ª princ. D. de *servit præd rusticor*.

"*Aqueductus est jus aquam ducendi per fundum alienum* "

Comquanto em diversos textos do corpo de direito romano se pareça revelar a noção da moderna servidão de passagem d'agua porquanto, entre outros nas leis 15 e 21 do Dig. de *servit præd rustic* e 8.ª de *aqua cottidiana et æstiva*, se appellida o aqueducto-*iter aquæ* todavia o facto é que a servidão de aqueducto no direito romano é a servidão convencional de *aqueducto*, mas não a de passagem d'agua.

A lei portugueza de 1804 providenciando sobre caso não previsto em disposição expressa do direito romano, guiou-se, todavia, pelos principios dominantes naquelle direito em pontos que as leis posteriores de outros paizes arredaram de suas disposições.

Assim a divisão do uso das aguas do aqueducto era principio consagrado nas leis 2 §§ 1.º e 2.º de *servit præd rust* e 4.ª e 5.ª de *aqua cottid et æstiva* e especialmente em referencia ás aguas destinadas á irrigação pela L. 17 D., de *servit præd rust*.

A noção restricta do direito moderno sobre a servidão de *passagem d'aguas* é condemnada pelo seguinte texto do direito romano.

Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amenitatis, aqua duci potest (L. 3.ª, princ. Dig. de *aqua cottid et ostiv*.)

Effectivamente nella vê-se ter a servidão como fim a conducção d'agua não sómente para a irrigação como ainda para dar a beber ao gado e para outros fins que não o que deo lugar á criação desta servidão no direito moderno.

Quando estudarmos a servidão convencional de aqueducto será opportuno mais detalhado exame de principios do direito romano sobre o assumpto.

em proveito de uma industria. As aguas dos pantanos e paúes, ainda que maleficas e prejudiciaes á saude, estão comprehendidas na disposição da lei. (*Lobão*, Dissert. cit., §§ 21, 22 e 23; *Lafayette*, Dir. das cousas, § 123; *Demolombe*, n. 222, 2.º alinea, e 223; *Mourlon*, n. 1626; Cod. Civ. Arg., liv. 3.º, tit. 13, cap. 3.º, arts. 30 e 33; Cod. Civ. do Uruguay, art. 539; Cod. do Chile, art. 870.)

312. — A lei franceza de 1845 e a belga de 1848 consagraram ambas esta servidão no interesse da agricultura e do saneamento dos terrenos em proveito da saude publica. (*Demolombe*, n. 221; *Laurent*, n. 405; *Mourlon*, loc. cit.; *Lafayette*, Dir. das cousas, § 123 princ.)

A disposição do art. 3.º da lei franceza, que é identica á da lei belga, é a seguinte:

La même faculté de passage sur les fonds intermédiaires pourra être accordée au propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie, à l'effet de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement.

Com razão combate *Demolombe* (n. 222) a opinião de *Garnier* que pretende não ser applicavel a servidão quando a submersão do predio fôr devida a toda a especie de aguas, mas sómente ás provenientes da natureza, como chuvas, inundações de rios, etc., etc.

Laurent pretende apoiar esta opinião em um julgado: a verdade, porém, é que ella é combatida pela maioria dos tratadistas.

A servidão sómente tem applicação, quando o escoamento não se puder operar por outro modo: quando se puder realizar no proprio predio dominante, carece de fundamento o pedido da servidão e os tribunaes devem recusal-a. (*Laurent*, n. 407.)

Para a concessão da servidão o processo é identico ao da servidão da passagem d'aguas; ao juiz é licito negal-a ou concedel-a conforme a apreciação que fizer das provas.

A forma do escoadouro varia segundo a natureza do terreno inundado, e da quantidade d'aguas existentes em estado de estagnação.

E' assim que regos pequenos, de dimensões exiguas, poderão esgotar terrenos pouco inundados; ao passo que serão precisos grandes vallos para se operar o escoamento das grandes massas d'agua de um pantano ou lagôas extensas. (*Lobão*, Diss. cit., § 23; *Lafayette*, Dir. das cousas, § 123.)

O limite á faculdade que tem o dominante na escolha destes meios, é apenas o interesse e a commodidade dos servientes, cuja posição não póde ser piorada pela aggravação do onus que lhes acarreta o escoamento por uma grande valla subterranea que obrigue á excavação de vasta área de terreno.

313. — A utilidade, que provém do saneamento dos terrenos, é consideravel: além de evitar o desenvolvimento das enfermidades que tem como causa, o empaludismo, restitue á agricultura áreas de terras inteiramente desaproveitadas por se acharem occupadas pela agua. D'ahi provém o fundamento desta servidão legal, a qual póde ser tambem convencional quando não revista os caracteres salientes que a distinguem, e fundamentão a sua privilegiada constituição.

Os romanos tinham uma servidão — *aquæ educendæ* — que consistia no direito de lançar pelo predio visinho aguas que prejudicavão o predio dominante (L. 29, D. de servit. præd. rust.; L. 8, § 5.º, D., si servit. vindic; *Mackeldey*, § 323, n. 3, d; *Molitor*, n. 48; *Maynz*, § 134, nota 9) póde ser equiparada á servidão convencional de escoamento das aguas do direito moderno.

Desde que a constituição desta servidão regula-se pelos mesmos principios que a da servidão de passagem d'agua, é consequencia que não se póde ella estabelecer em terrenos occupados por casas, jardins, parques, quintaes murados, etc., etc.

Outrosim, o serviente tem o direito de ser indenizado do prejuízo que sofrer, com a passagem das águas. (Lei de 1804, art. 11; *Lobão*, Diss. cit. § 13; Cod. Civ. Port., arts. 461 e 462; *Cod. Civ. Ital.*, art. 606.)

A avaliação do prejuízo, a estipulação da indenização deve ser feita a juízo de louvados nomeados a aprazimento das partes, seguindo-se a homologação dos laudos pelo juiz; tudo do mesmo modo que na hypothese da servidão de aqueducto.

O preço do terreno ocupado pelos regos de escoamento não deve ser incluído, mas sim o valor do uso da área ocupada pelas vallas.

A doutrina em contrario, já o fizemos sentir quando tratamos da servidão de passagem d'água, é insustentável no nosso direito.

d) Da servidão do uso de águas superfluas.

314. — A fonte desta servidão é, no nosso direito, a Resolução de 17 de Agosto de 1775, que a estabeleceu em favor dos prédios inferiores reconhecendo-lhes nas sobras das águas dos prédios superiores um direito que as leis anteriores e os doutrinadores haviam recusado.

Antes de delinear os traços salientes desta servidão, convém accentuar certos principios sobre o dominio das águas.

Compete este:

a) Ao dono do predio onde nascem (Resoluç. cit.; *Pegas*, ad Ord., tom. 7, pag 434, n. 6; *Lobão*, Águas, § 65; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 124), o qual póde dellas dispôr livremente, dar-lhes o destino que lhe aprouver, usar dellas por todos os modos, em seu proveito e até consumil-as. (*Lobão*, Águas, § 69; *B. Carneiro*, vol. 4.º, § 30, ns. 1 e 2; *Corrêa Telles*, Dig. Port., tom. 1.º, art. 774.)

b) Ao dono do predio que atravessão, se não são de rio publico, mas sim de ribeiro particular, ainda que nascido em predio

superior pertencente a outro dono. (*Lobão, Aguas*, § 66; *Dig. Portug.*, tom. 3.º, arts. 20, 29 e segs.)

c) Ao dono do predio para o qual são encanadas, as do rio publico: estas ficão igualmente á inteira disposição do proprietario. (*Lobão, Aguas*, §§ 68 e 69; *B. Carneiro*, Vol. 4.º, § 30, ns. 3 a 5; *C. da Rocha*, § 413; *Lobão*, Notas a Mello, Liv. 3.º, tit. 1.º, § 8.º, n. 5)

Aos predios inferiores nenhum direito cabe de reclamar sobre o desvio de taes aguas fundando-se no decurso natural dellas, como se diz na Resolução de 1775. (*Lobão, Aguas*, §§ 70 e 71; *B. Carneiro*, Vol. 4.º, § 31, n. 11; *Lafayette*, Obs. cit., § 124, n. 1.)

315. — Esta é a doutrina de direito que a Resolução de 17 de Agosto reconheceu e reproduzio, como se evidencia de sua simples leitura.

Attendendo, porém, á utilidade que para os predios inferiores póde provir das sobras das aguas, depois de utilizadas pelos predios superiores, creou uma servidão, fundada em principio de grande equidade, segundo o qual aos predios superiores não é licito desviar as sobras das aguas dos predios inferiores: mas devem consentir que a estes se encaminhem. (*Digesto Port.*, tom. 3.º, art. 408.)

Os predios superiores são, pois os servientes, e os inferiores os dominantes.

A propria natureza da servidão está, porém, indicando que não é licito aos dominantes fazerem no predio serviente represa ou açude, para melhor encaminharem as aguas; porquanto a servidão não é de aqueducto, mas consiste apenas no facto da privação do direito de desviar as sobras das aguas dos predios inferiores. Esta é a principal obrigação que a Resolução de 1775 impõe ao dono do predio superior e neste caso firma-se em favor do predio inferior a *posse da servidão*. (*B. Carneiro*, vol. 4.º § 31, n. 15.)

Se ocorrer a hypothese de não bastarem as aguas que sobraão para o uso de todos os predios inferiores ao mesmo tempo: o meio de poderem todos utilizar-se della, é dividir ou regular-lhe o uso pelo tempo ou medida: *temporibus et mensuris posse aquam dividi*, diz Juliano no L. 5.^a Dig. de aqua cottid. et æstiva. (*Digesto Port.*, tom. 2.º art. 1178: *C. da Rocha*, § 470.)

A Resolução de 17 de Agosto de 1775 manda que assim se proceda e que a divisão se faça por um *prudente arbitrio de louvados e a contento das partes*, o que evita as grandes difficuldades que no dominio da legislação e de jurisprudencia franceza tem surgido dando causa á uma porfiada controversia e ás mais variadas decisões dos tribunaes.

A decretação prévia de regras fixas sobre o modo de operar a divisão das aguas é de extrema difficuldade, e já foi no direito romano o tormento dos *juristas e prudentes*. Confiar a peritos habéis, que consultem as condições e interesses de momento, é o unico expediente possivel e foi, felizmente, o que a lei adoptou.

Servidão legal de transito de predio encravado.

316. — A lei de 9 de Julho de 1775 no § 12 dispõe; que não constituem servidão os caminhos e atravessadouros particulares, que *não se dirigem a fontes, ou pontes com manifesta utilidade publica; ou a lugares que não possam ter outra serventia*.

E' esta lei o fundamento da servidão de transito de predio encravado.

Effectivamente, da disposição transcripta conclue-se que, sempre que os caminhos por predios particulares se dirigirem a fontes, pontes, estradas publicas OU A LUGARES QUE NÃO POSSÃO TER OUTRA SERVENTIA, devem ser admittidos como constituindo servidão.

A disposição, providenciando contra o abuso de se admitir com frequência as posses de servidão de caminho, protegidas pela acção de manutenção quando taes caminhos erão atravessadouros estabelecidos abusivamente em predios visinhos, sem prova de necessidade oriunda da impossibilidade de ter outra sahida, sem indemnisação dos prejuizos que causavão nos terrenos por onde se effectuava a passagem; reconheceu todavia, *á contrario sensu* a possibilidade de ser preciso, garantir áquelle, cujo predio, por circumstancias fortuitas ficasse privado de communicação com as estradas publicas e com as pontes, o direito de passar, de sahir para acudir aos seus mysteres, e não se ver reduzido a ser-lhe negada communicação com lugares onde precisasse ir para abastecer-se das cousas necessarias á vida.

A' perspicacia dos jurisconsultos romanos escapou este caso de servidão obrigatoria.

A lei 12 de religio et sumptis funeris regulou um caso especial, e que só pela força da semelhança pretenderão os interpretes applicar á servidão de que nos occupamos.

A esses interpretes se deve principalmente a ampliação do preceito da citada lei aos casos semelhantes de impedimento e obstaculo á sahida dos predios encravados.

Sed id ex æquitate, diz Voet, ab interpretibus ad omnia prædia, aditu exituque carentia, extensum fuit, ut scilicet, implorato extra ordinem judicis officio, vicinus vel jus viæ plenum constituat, justo prætio accepto; vel saltem præcariam viam concedat, tum exercendam, cum necessitas postulaverit, etc. (Ad Pandect., liv. 8.º, tit. 3.º, n. 4.)

317. — Os costumes de diversos paizes da Europa, principalmente da França e Belgica, consagraram esta doutrina dos romanistas, e os seus preceitos foram a base das disposições da moderna legislação franceza. (*Arntz*, Cours de Droit Civ., n. 1151.)

O Codigo Civil Francez definio de modo claro a servidão no art. 682:

Le propriétaire dont les fonds sont enclaves et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.

Com esta noção concordaram os códigos promulgados posteriormente áquella (Cod. Civ. Ital. art. 593; Cod. Civ. de Venezuela, art. 549; Cod. Civ. do Uruguay, art. 543; Cod. Civ. Port., art. 2309; Cod. Civ. do Chile, art. 847; Cod. Civ. Argent., liv. 3.º, tit. 13, cap. 1.º, art. 1.º; Cod. de Zurich, art. 574; Cod. do Cantão de Grisões, art. 230; *Lehr*, Dir. Civ. Germanico, n. 94), e os nossos doutrinadores de direito outra coisa não fizeram senão reproduzi-la, por encerrar ella os princípios cardeais sobre a matéria. (Dout. das Acç., edição de *Teixeira de Freitas*, § 59; *Lobão*, Diss. sobre a lei de 1804, § 90; *Lafayette*, Direito das coisas, § 125.)

318. — A condição principal para que a servidão possa existir é o encravamento.

Em que consiste elle?

Não somente no facto de achar-se o predio *inteiramente* privado de saída para a estrada publica, para a fonte ou para qualquer lugar publico, mas ainda quando houver uma saída de difficil accesso, perigosa, ou mesmo transitavel somente com grandes dispendios e trabalhos, maiores do que o valor do terreno, por onde o caminho deveria ser locado. (*Demolombe*, ns. 606, 608 e 609; *Laurent*, ns. 76, 77, 78, 79 e 80; *Arntz*, n. 1154; *Dalloz*, verb. servit., n. 820; *Zacharias*, § 331, e nota 2 de *Massé e Vergé*; *Solon*, n. 319; *Pardessus*, n. 218.)

O ponto não era extremo de duvidas no direito francez, onde a propria jurisprudencia dividio-se, havendo julgados no sentido da mais rigorosa interpretação da lei (*Dalloz*, loc. cit., n. 815), daquella interpretação que *Solon*, aliás grande rigorista, appellidava *judaica* (n. 319).

A verdadeira noção, o principio a aceitar (*Laurent*, n. 79) para caracterizar o encravamento é o estabelecido pela Corte de Cassação: *ha encravamento sempre que não se possa obter acesso para a via publica, sem graves inconvenientes*.

A servidão pôde ser *reclamada* no direito francez (art. 682 do Cod.), *requerida*, no nosso direito (art. 11 da Lei de 27 de Novembro de 1804), não sómente pelo *proprietario* (expressão empregada por ambas as leis), mas por todo aquelle que, como o emphyteuta, o usufructuario, o usuario, etc, tiver sobre o predio um direito real. (*Solon*, n. 316; *Demolombe*, n. 600; *Laurent*, n. 74; *Dalloz*, n. 846; *Arntz*, n. 1153.) O fim da servidão é facilitar a *exploração* do predio (art. 682 do Cod. Civ. Franc), termo a que os jurisconsultos francezes deram o maior elasterio, applicando-o não sómente á exploração agricola dos predios, mas a qualquer fórma de *utilização*, ainda á que consistisse em transformal-o em lugar de habitação ou de recreio (*Demolombe*, n. 612; *Laurent*, ns. 87 e 90), interpretação á qual a jurisprudencia franceza deu o apoio da sua autoridade. (*Dalloz*, loc. cit., ns. 831, 832 e 833.)

Entre nós, pretende Lobão que tal servidão foi concedida em beneficio da agricultura e *para que á falta de servidão não ficasse inculto e infructifero o predio de um dos vizinhos*. (Dissert. cit, § 5 e 90.)

E' incorrecto este modo de vêr.

A servidão deve ser entendida no nosso direito com a amplitude que lhe derão os doutrinadores e a jurisprudencia francezes.

Nada autorisa a sujeitar esta servidão ao pensamento restrictivo que presidio á Lei de 27 de Novembro de 1804 na parte que entende com a servidão de passagem d'agua. Si o processo da fixação do caminho e da indemnisação que deve pagar o dominante é o mesmo estabelecido, naquella lei, quando se trata da servidão de aqueducto, proveio isso da iniciativa da pratica dos tribunaes e não da disposição de

preceito legislativo, que não existe nem na Lei de 9 de Julho de 1773, nem no Decreto de 17 de Julho de 1778, que a confirmou, nesta parte.

Esta opinião melhor acolhimento deve ainda merecer daquelles que opinão que o *encravamento* não póde deixar de ser entendido na sua mais rigorosa significação, isto é, de inteira privação de sahida para as estradas publicas, fontes e povoados: noção que não aceitamos e que não se coaduna com a amplitude da Lei de 1773, que não sómente permite a sahida para pontes, fontes, com manifesta utilidade publica, mas amplia a *lugares que não possam ter outra serventia*, palavras que revelão maior largueza de vistas no legislador de 1773 do que nos organizadores do Codigo Napoleão, que sómente considerárão encravamento a falta de accesso para a *via publica*. (Art. 682 do Cod. Civ.)

319. — O encravamento deve provir de um facto fortuito e independente do proprietario.

E' outro principio que convém não perder de vista. (*Demolombe*, n. 61; *Laurent*, n. 86; *Dalloz*, n. 851; *Pardessus*, vol. 1.º n. 219, pag. 495.)

Aquelle que está encravado por facto proprio, não póde exigir sahida, e se o encravamento provém da venda de um predio que confinava com a estrada publica, ao comprador compete dar a sahida: si porém da partilha do predio, que tinha communicação com a estrada que conduzia ao povoado, á fonte, á ponte, etc, sómente pelos terrenos que couberão em partilha aos co-herdeiros se póde dar sahida ao co-herdeiro ou coproprietario encravado, (*Dalloz*, ns. 851 e 852; *Demolombe*, ns. 602 e 603; *Laurent*, ns. 82, 83 e 88; *Arntz*, n. 1154) e não tem o encravado direito de exigil-o dos vizinhos.

Si o encravado houver perdido o direito que tinha sobre taes partes divisas do predio, não terá sobre os predios vizinhos?

Não; mesmo porque a única excepção que apresenta Dalloz, a da prescrição da servidão, é irrealizável no nosso direito.

320. — A servidão não pôde ser regularmente concedida, nem pôde ser exercitada pelo dominante, sem que este indemnisasse o serviente dos prejuízos causados pelo caminho e passagem.

Deve ser prévia a indemnização?

Compreende ella o valor do terreno occupado pelo caminho que é marcado pelo juiz, com auxilio dos peritos?

Pôde a indemnização ser decretada para ser solvida em prestações annuaes?

São questões estas que devem ser estudadas, para inteira comprehensão e desenvolvimento desta importante condição da existencia da servidão.

321. — Quanto á primeira.

No direito francez é objecto de controversia: si deve ou não ser prévia a indemnização.

Demolombe (n. 631 e 632) sustenta e com elle Duranton (vol-5.º n. 436) e outros que a indemnização deve ser prévia, apesar de não exigir-o o art. 682, e isto porque o art. 540 do Cod. obriga o estado á indemnização prévia no caso de desapropriação por utilidade publica e o particular não deve ser, privilegiado nem mais favorecido do que o Estado.

Laurent (n. 96 e segs.) combate com grande superioridade esta opinião.

Os argumentos capitaes do illustre tratadista são: que ao caso do art. 862 não tem applicação o art. 545 porquanto não se trata de desapropriação mas sim da constituição de uma servidão legal: o

serviente conserva o dominio da parte do terreno onde se exercita a servidão; póde reivindicar-a, se nella forem praticados actos de dominio por outrem: que nos casos de servidão, quando ha necessidade de indemnisação prévia a lei a decreta, como no caso da servidão de passagem d'agua de que tratam a lei belga de 27 de Abril de 1848 e a lei franceza de 29 de Abril de 1845; o art. 682 não a decreta; que antes ao contrario, o art. 685 admittindo a prescriptibilidade da acção de indemnisação *ipso facto* repelle a hypothese do seu pagamento prévio.

A esta opinião adherem Pardessus (n. 211) e Dalloz (n. 862 e 863) que admittem o pagamento da indemnisação por prestações annuaes.

A lei de 1773 § 12, que rege o assumpto entre nós, não exige indemnisação de qualidade alguma. Esta é exigida pela pratica do fôro e doutrina dos escriptores que tem equiparado a servidão de transito de predio encravado á de aqueducto e passagem d'agua. A pratica funda-se no principio de direito segundo o qual a ninguem é dado utilizar-se do alheio sem indemnizar os danos e prejuizos que causar.

(*Silva*, á Ord. do liv. 4.º tit. 1.º art. 6.º n. 19 e 20; *Lobão*, Diss. cit. § 5.º; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 125).

Para aquelles que equiparam em tudo esta servidão á de passagem d'agua é consequente que a indemnisação seja prévia; para os que entendem porém com fundamento mais juridico, que as hypotheses não são as mesmas, e que a indemnisação prévia não póde ser decretada senão quando a lei o exige expressamente, essa indemnisação não deve ser exigida préviamente.

E' a esta opinião que adherimos, além do mais por duas considerações que nos parecem decisivas: a impossibilidade de avaliar em todos os casos, préviamente, o damno, que póde ser nullo se o caminho percorrer um terreno abandonado, não cultivado por esteril e de má

qualidade: o achar-se protegido, em todo o caso, o serviente por uma acção para obter a indemnização.

Quanto aos que pretendem enxergar neste caso uma hypothese de desapropriação, laboram em perfeito equivoco e em deploravel confusão de noções juridicas as mais distintas: confundem um direito real, limitativo do exercicio do dominio, com o acto pelo qual o poder publico, fundado na utilidade geral, decreta a conversão do objecto do dominio particular, para o publico.

322. — Quanto á segunda questão: a resposta negativa é a consequencia do que acabamos de dizer

Si o dominante fosse obrigado a indemnisar o preço do terreno, dar-se-hia uma verdadeira desapropriação em utilidade particular, o que, além de ser vedado pela Constituição Política, que só admite, como unica excepção á plenitude do direito de propriedade a desapropriação por necessidade e utilidade publica (art. 179 § 22), acarretaria uma subversão dos principios juridicos, porquanto a constituição da servidão é apenas a imposição de um onus real, mas não importa ataque directo á propriedade em seu fundamento.

Ora, quasi todos os que sustentam a necessidade da indemnização prévia, fundam-se em ser indispensavel comprehender-se no valor da indemnização o do terreno occupado pelo caminho, por meio do qual se exercita a servidão.

Esta póde ser exercida desde que o processo para o seu estabelecimento e constituição achar-se findo: o valor da indemnização póde ser liquidado por acto posterior: em todo caso é preferivel seguir-se a pratica que se achar estabelecida.

Optima legum interpres consuetudo! (L. 37 D. de Leg.)

Os peritos devem avaliar apenas os prejuizos que possa soffrer o serviente com a passagem pelo terreno plantado, com a privação em que fica elle de utilizar o lugar do modo o mais vantajoso para si.

Emfim, o exame a que procederem os peritos é que os poderá habilitar a bem apreciar o damno.

Não se deve perder de vista que a indemnisação é, como diz Laurent, uma reparação do damno causado si este não se der, não terá lugar a reparação e consequentemente a indemnisação (*Laurent*, n. 73; *Demolombe*, n. 626 e 627; *Dalloz*, n. 860, *Mourlon*, n. 180; *Pardessus* n. 221)

323. — Adoptada a melhor opinião de que não ha necessidade de indemnisação prévia, ainda no nosso direito, pergunta-se: póde a indemnisação ser paga por prestações annuaes?

Laurent responde affirmativamente (n. 98) e apoia a sua opinião na doutrina de um julgado da Côrte de Cassação de 25 de Novembro de 1845, que decidio neste sentido fundado em que o arbitrio que a lei deixa aos tribunaes de fixarem a indemnisação, consultando o interesse e a maior commodidade das partes, não póde deixar de autorisar a fixação da indemnisação, quer de uma vez, quer por prestação annuaes ou semestraes.

Demolombe (n. 632), opina pelo pagamento prévio da indemnisação, combate esta solução, e é nisto coherente. (Conf. *Solon*, n. 320).

No nosso direito a pratica tem sido ser paga a indemnisação por uma vez: em vista, porém, de quanto havemos exposto, não póde ser negado ao juiz que organizar o processo para conhecimento da servidão, fixar a indemnisação por prestações annuaes, desde que nisso concorde o dominante, unico interessado no facto ou desde que não haja outro modo de ser ella paga.

324. — E' tambem objecto de duvida: se o direito á indemnisação é sujeito á prescrição extinctiva.

Antes de tudo accentuemos certas ideias cujo conhecimento faz-se necessario para facil intelligencia da questão.

Não se levanta duvida sobre saber si a indemnisação depois de fixada por louvados e homologados os laudos pelo juiz, depois de *regularmente* estabelecida, prescreve, não a exigindo o serviente durante o lapso de tempo preciso para a prescrição.

O ponto da duvida está em saber: si o direito de exigir a indemnisação, de requerer a fixação do seu *quantum*, é prescriptivel.

No direito francez a questão é resolvida por disposição expressa da lei (art. 685 do Cod. Civ.) e foi com grande exactidão exposta pelos doutrinadores (*Laurent*, n. 105; *Mourlon*, n. 1804; *Demolombe*, n. 633; *Dalloz*, n. 865; *Zacharias*, vol. 2.º § 331, pag. 190; *Arntz*, n. 1157).

No nosso direito não póde ser objecto de contestação a prescriptibilidade do direito á indemnisação. Trata-se de um *direito pessoal* e regula-se a prescrição pela disposição da Ord. do Liv. 4.º tit. 79 princ. O lapso de tempo é o de trinta annos. Segundo os principios geraes de direito não póde ser a prescrição decretada *ex-officio* pelo juiz, depende de allegação da parte interessada.

Desde quando se deve contar o tempo da prescrição?

Segundo a doutrina mais seguida, desde o primeiro acto de exercicio da servidão: fundam-se os que a sustentam em que a servidão existindo por força da disposição da lei e sendo devida de pleno direito (art. 682 do Cod. Civ. franc.) e independente de qualquer intervenção da autoridade publica, o acto praticado pelo dominante no sentido de exercital-a deve servir de ponto de partida para os direitos prescriptivos que tenham como base o exercicio regular da servidão.

Esta opinião tem a seu favor, além da grande autoridade dos mais seguidos commentadores (*Laurent*, n. 106; *Dalloz*, n. 867; *Demolombe*, n. 635, pags. 114 e 115; *Arntz*, n. 1157) diversos arestos dos tribunales francezes e uma notavel decisão da Côte de Cassação de 23 de Agosto de 1827. (*Dalloz*, n. 867; *Laurent*, n. 106, pag. 139, nota 2.)

A opinião contraria pretende que não é possível contar o tempo da prescrição de qualquer acto de exercicio da servidão, e que tal acto não passa de uma via de facto, de uma violencia, porquanto: em primeiro lugar, não é exacto que a servidão se julgue firmada de pleno direito, pela simples disposição da lei, e pelo facto da existencia do encravamento; porquanto o art. 682 não reconhece ao encravado esse direito, mas sim o de *reclamar* a passagem; ora, a *reclamação* entende-se dirigida á autoridade publica competente, que a póde apreciar e resolver, decidindo sobre a existencia do encravamento e direito que tenha o reclamante a ser attendido. Em segundo lugar, antes de verificada a existencia do encravamento e do debito da indemnização, do valor quantitativo desta, não existe da parte do *reclamante* direito algum liquido a exercitar, e consequentemente a supposta *acção de indemnização*.

Esta opinião sustentada por Murlon (n. 1805) é de inteira applicação no nosso direito.

Segundo a doutrina e pratica, entre nós geralmente acceita, e que já anteriormente expuzemos, a constituição de servidão de passagem de predio encravado é dependente, como a de passagem d'agua, da intervenção da autoridade, que em vista do requerido pela parte interessada, procede nos termos ordenados pelo art. 11 da lei de 27 de Novembro de 1804, vistoriando o lugar, fazendo avaliar o damno, locando o caminho, etc., etc., e em seguida decidindo afinal, reconhecendo, ou não, a servidão.

Antes dessa sentença, qualquer acto que o encravado praticar, tendente a exercitar a passagem pelo predio alheio, é uma via de facto,

uma violência, uma turbação de posse, que o offendido póde repellir por meio do desforço *in-continenti*.

Si a disposição do art. 685 do Cod. Civ. francez póde gerar, entre os doutrinadores daquelle direito, apprehensões e duvidas sobre o sentido a dar á palavra — *réclamer* — usada pelo art. 682 daquelle codigo; entre nós taes duvidas carecem de fundamento, e o unico alvitre a seguir é o que acima expendemos, por ser apoiado na autoridade da doutrina e na pratica geralmente seguida. (*Lobão*, Dissert. cit., § 90; *Lafayette*, Dir. das cousas, § 125, n. 3.)

325. — Não é indifferente que o caminho por onde se deva exercer a servidão seja aberto ou locado em qualquer dos predios que cercam o encravado, ou em qualquer parte do predio serviente.

Os arts. 683 e 684 do Cod. Civ. francez dispõem que a passagem se effectuará pelo lugar por onde fôr mais curto o trajecto para a via publica, devendo, todavia, ser fixado onde fôr menos sensivel o prejuizo para o predio serviente.

Estas disposições devem ser acceitas entre nós, como principios reguladores da materia, já porque os estylos e pratica de julgar, na falta de disposição expressa de lei, assim o tem estipulado (Ord. liv. 3.º, tit. 64; Lei de 18 de Agosto de 1769, § 12; *Corrêa Telles*, Dig. Port., tom. 3.º, art. 409; *B. Carneiro*, vol. 4.º, § 18, n. 20; *Lobão*, Diss. cit., § 5.º; *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 125, n. 2); já porque encerram os principios cardeaes e a doutrina tradicional do direito, dominantes em tão importante assumpto.

326. — Com grande procedencia distinguem os doutrinadores francezes o caso de achar-se o predio encravado cercado por diversos predios que lhe produzem o encravamento, daquelle em que ou o encravamento é devido a um unico predio, ou sabido e verificado qual o predio pelo qual se tenha de realizar a passagem, fazer a locação do caminho.

Na primeira hypothese prevalecem as duas regras apresentadas para que se escolha o predio que offerece o trajecto o mais curto, e ao mesmo tempo o menos prejudicial e danoso.

Quando estes dous requisitos se reunirem no mesmo predio, nenhuma difficuldade existe. Póde dar-se, porém o caso de ser o predio que offerecer o trajecto o mais curto, o mais prejudicado e damnificado, se por elle se fizer o caminho: neste caso com justa razão, opinão os commentadores do Codigo francez, que se deverá preferir um caminho que offereça mais longo trajecto, a damnificar o predio serviente e obrigar o dominante a uma elevada indemnisação.

Aquelle, em cujo predio se quizer locar a servidão tem, pois, o direito de reclamar com este fundamento. Mas o dominante será igualmente prejudicado se a servidão houver de ser exercitada por predio que, comquanto lhe offereça mais curto trajecto, obrigue-o a uma indemnisação de grande valor e a avultados dispendios para preparar o caminho; o direito de reclamar contra o local da servidão cabe-lhe igualmente com o mesmo fundamento que ao serviente. *Laurent*, n. 93; *Demol.* n. 617 e segs. *Mourlon*, n. 1802, *Arntz*, n. 1156, *Solon*, n. 323 a 328; *Pardessus*, n. 219; Cod. Civ. Ital., art. 593, 2.º alinea; *Cataneo e Borda*, annot. ao Cod. Ital. art. 593; Cod. Civ. Port., art. 2310; *Dias Ferreira*, annot. ao mesmo Cod. vol. 5.º pag. 73; Cod. do Uruguay, art. 544; Cod. civ. de Venezuela, art. 550; *Luis Sanojo*, annot. ao Cod. Cit., vol. 2.º pag. 105; Cod. Civ. Argentino, Liv. 5.º tit. 13, cap. 1.º art. 7.º

Não impede a locação do caminho, para a servidão a existencia de jardins, quintaes murados, parques, etc. A disposição do art. 14 da Lei de 27 de Novembro de 1804 não póde ser applicada, por ampliação e por uma *interpretação extensiva a todos os casos semelhantes*, como pretende *Lobão* (Dissert. cit. § 5 in fine); antes o fundamento da servidão de transito, no caso de encravamento, sendo a *necessidade indeclinavel* e não apenas a *conveniencia e utilidade*, como

no caso da irrigação das terras, não pôde a servidão soffrer uma limitação, que importará a inutilização da mesma servidão, desde que o terreno murado, o jardim, o parque forem os únicos lugares por onde se puder dar a passagem. A doutrina moderna confirma sem discrepância o principio que mencionamos. (*Laurent*. n. 92; *Demolombe*, n. 615; *Pardessus*, n. 219.) e o Código Civil Argentino consolidou a doutrina geralmente seguida na seguinte disposição do art. 4.º do Cap. 1.º do título 13 do Liv. 5.º “A servidão de transito é imposta a todos os predios contiguos ao encravado, sejam habitações, parques, jardins etc.”

A servidão pôde neste caso pesar sobre qualquer predio, ainda os que constituão bens inalienaveis, como os dotaes, ou de orphãos etc. etc. em contrario ao que se observa em referencia ás servidões commerciaes, que não podem gravar bens de tal especie. (*Laurent*, n. 92; *Demolombe*, n. 615 bis; *Pardessus*, n. 219).

327. — Ao juiz do feito cabe, com o auxilio de peritos nomeados a aprazimento das partes, attender a todas estas considerações, pezar os inconvenientes resultantes de uma locação má da passagem, e com o pleno conhecimento que lhe offerece a inspecção dos lugares, decidir quaesquer duvidas e designar o mais conveniente local. A elle compete, igualmente, a apreciação das reclamações que por ventura possam ser feitas sobre a maior ou menor largura do caminho, sua direcção e modo de abrir-o. (*Demolombe*, n. 625; *Pardessus*, n. 220; *Dias Ferreira*, Anotações aos arts. 2309 e 2310 do Cod. Port.)

328. — No caso de resultar o encravamento da venda de parte do predio, de partilha deste, de modo que a parte vendida, ou os quinhões de terras dos outros condminos, ou herdeiros, ficasse margeando a estrada publica ou com acesso para esta, a passagem por força do encravamento é obrigatoria aos donos das porções do antigo predio, que ficarão com acesso para a estrada, sem que possam reclamar indemnisação alguma; e o que mais é, a passagem não pôde ser

reclamada contra outro qualquer dos predios vizinhos, sob o pretexto de ser o caminho o mais curto e o trajecto o mais facil. (*Dalloz*, n. 861; *Pardessus*, n. 221; *Laurent*, not. ao cit. art., vol. 1.º, pag. 452; Cod. Civ. Argentino, Liv. 3.º, tit. 19, cap 6.º; Cod. Civ. Port., art. 2311; Cod Civ. de Venezuela, art. 552; Cod. Civ. do Chile, art. 850; Cod. Civ. do Uruguay, art. 549.)

329. — Depois de locada a servidão de transito é realizavel a mudança do lugar, provando o serviente que a continuação da servidão por aquelle local traz-lhe gravame, resultante de circumstancias alheias á sua vontade, e offerecendo-se a proporcionar outro lugar asado para nelle estabelecer-se o caminho, e fazer a mudança a suas expensas.

Esta regra é conforme com os princípios que regem a servidão, com o systema da nossa legislação o com a doutrina dos Codigos e tratadistas estrangeiros.

330. — Os principios, que autorizam a mudança do local das servidões, já os deixámos mencionados na primeira parte deste trabalho (n. 72): a sua applicação á hypothese actual deve ser feita de accôrdo com o que doutrina Laurent (n. 94). Segundo este tratadista, não ha duvida que é licito ao serviente, sempre que o local da servidão se lhe tornar gravoso, e elle offerecer outro que lhe seja mais commodo, sem prejuizo do dominante, requerer á autoridade a mudança do caminho pelo qual se effectúa o transito.

O que dispõe o art. 13 da Lei de 27 de Novembro de 1804 sobre a mudança do aqueducto, deve se tornar extensivo, pela semelhança do objecto e por ser assim praxe do fôro, á mudança da servidão de caminho. O serviente podel-a-ha requerer a *todo o tempo, se ella não prejudicar o transito e fôr conveniente ao predio, fazendo a mudança á sua custa.*

Este principio já o consagrava o § 8.º da Lei 2.^a Dig. de Religios. et Sumpt. funer.: *Sed si nonminus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri.*

O ponto da duvida está em saber: si o serviente pôde promover judicialmente a mudança do caminho, não de um para outro lugar do mesmo predio, mas do seu para o predio do visinho, propondo-se a provar que por este ultimo, o trajecto será mais, curto e causará menos prejuizo do que pelo seu?

A opinião affirmativa seguida por Laurent (n. 94) é aceitavel no nosso direito pelo juridico fundamento que dá este tratadista nos seguintes termos:

"Il est juste qu'elle soit déplacée, lorsqu'il est prouvé qu'elle n'aurait pas été établie sur ce fonds si dès le principe *il avail été dans cette condition*;" isto é, no estado de maior aggravação para o predio onde se acha do que para o do visinho.

Ao senhor deste predio fica salvo o direito de oppor-se e provar a falta de procedencia na allegação do requerente: se houver, porém, justo fundamento para a reclamação pôde ser modificada a locação primitiva do caminho feito em um predio, para o fim de ser a servidão transferida para outro.

Ao dominante assiste igual direito.

O estudo dos dois julgados que refere Dalloz (n. 829) mais arraiga esta convicção, porquanto nas hypotheses daquelles arestos a locação cuja mudança foi recusada pelos tribunaes, tinha a seu favor o lapso de tempo de 30 annos, e foi este o unico fundamento que levou o tribunal de Toulouse a recusar a mudança.

En principe, diz Dalloz, le droit de passage, en cas d'enclave, doit être exercé comme il l'a été depuis l'origine; on ne pourrait réclamer

un changement dans le trajet *surtout si l'exploitation du fonds ne rendait pas ce changement absolument nécessaire.*

E' na hypothese a que se referem estas ultimas palavras de Dalloz, que se requer vulgarmente a mudança. Ninguém a iria pedir com esperanças de vêr aceita e deferida a sua pretensão si a fundasse unicamente na maior commodidade do serviente ou do dominante; a justiça da pretensão repousará sempre em ser a mudança necessaria para que a servidão de transito de predio encravado possa ser utilizada.

331. — E' imprescriptivel o direito de passagem, quando se funda no facto do encravamento?

Laurent (n. 100) resolve nos seguintes termos a questão:

Le non usage implique la renonciation; or, le propriétaire enclavé ne peut pas renoncer á un droit qui n'est pas établi en sa faveur. Durant on avoue qu'il peut réclamer un passage tant que l'enclavement subsiste mais il soutient qu'après trente ans le propriétaire enclavé doit payer une nouvelle indemnité. Cela est contraire á tout principe. La servitude n'est pas éteinte après trente ans de non usage, donc le fonds servant, n'a jamais cessé d'être assujetti au passage; il est démembré en vertu de la loi, et le propriétaire a reçu une indemnité qui le (de dommage) pour toujours: par quel renversement de l'équité et du bon sens viendrait-il réclamer une nouvelle indemnité alors que pendant trente ans il n'a éprouvé aucun dommage, bien qu'il est continué á jouir de son indemnité? " (Conf. *Zacharias*, § 331, pag. 190 do 2.º vol.)

332. — A servidão de transito por encravamento é adquirivel por prescrição.

A sua causa fundamental é o encravamento: justifica-se a disposição da lei que a creou com a *necessidade*, irremediavel por outro modo: *servitus viæ necessariæ* é a denominação característica que lhe davão os romanos; a lei sujeita, todavia, a sua constituição a certas condições de ordem, que não podem deixar de ser observadas; com tal origem (a lei) e com tal modo de constituição, como suppo-la prescriptivel?

A verdade é que o exercício da passagem pelo tempo da prescrição não faz adquirir o direito de passar, a servidão do trânsito; porque esta funda-se na lei que a reconhece por causa do encravamento. (*Massé e Vergé*, nota 10, ao § 331 de Zacharias; *Laurent*, n. 99.)

Aquella que, tendo um predio encravado, exercitou a passagem por um dos predios vizinhos, durante o tempo da prescrição, não adquirio por este facto a servidão, que a lei lhe attribuiu sempre pelo facto do encravamento, prescreveu apenas o direito de passar pelo predio por onde tem transitado durante todo esse tempo, e nesse predio pelo lugar onde locou o caminho, pelo qual exercitava a passagem. E' este o unico effeito possivel da prescrição em referencia ao transito por predio encravado. (*Arntz*, n. 1156.)

O Accordão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça em 20 de Outubro de 1877, no feito entre partes: Commendador Ignacio José do Souza Soares e a Illma. Camara Municipal de Côrte, parece admittir a prescrição de caminho, desde que se dirija, nos termos do § 12 da Lei de 9 de Julho de 1773, para ponte ou fonte com manifesta utilidade publica, ou para lugar que tenha outra serventia: a decisão, porém, deve ser entendida de accôrdo com a doutrina supra. Aquella que não tem *outra serventia* (isto é *outra sahida*) tem ipso facto o direito de transito pelo predio vizinho: o uso da passagem não é que lhe vem dar esse direito: a prescrição não se realiza, pois, para esse effeito, mas seria dar-lhe o caminho por um predio de preferencia a outro, ainda que não seja o mais curto, nem o menos prejudicial ao serviente. Eis tudo.

333. — A cessação do encravamento traz como consequencia a extincção da servidão de transito?

“Quand la cause unique qui donne naissance à un droit vient à cesser, le droit s'éteint également; c'est le cas d'appliquer le vieil adage *cessante causa, cessat effectus*.” (*Laurent*, n. 110.)

Eis a regra que domina o assumpto. (*Arntz*, n. 1159.)

A opinião contraria carece absolutamente de procedencia.

Dizer que a servidão de transito de predio encravado deve sobreviver ao encravamento, porque foi constituida não *ad tempus*, mas perpetuamente é pretender que se possa ao abrigo da lei praticar a má fé de ter passagem pelo predio alheio, com o fundamento de que o predio dominante não tem outra saída, quando elle a tenha; é nada menos do que exercitar um direito, cuja *existencia* e *exercicio* a lei faz depender do encravamento quando este já não existe.

“E’ crear um modo de extincção de servidão que a lei não reconheceu” diz-se ainda.

Antes de tudo, a inexactidão desta affirmacão é patente, a lei creou implicitamente este modo de extincção da servidão de transito, desde que ligou esta ao facto do encravamento; isto é evidente.

Acresce que não é admissivel que se mantenha uma servidão cuja causa não póde mais ser apresentada: logo que desapareça o encravamento, o facto de perdurar a servidão de transito importa o estabelecimento de uma servidão, por um modo de instituição novo em direito; seria o mesmo que manter a servidão legal de passagem d’agua, quando não houvesse predio a irrigar.

“La servitude n’étant plus nécessaire, diz Solon (n. 331), elle pert le caractère qui seul l’avait fait imposer et il n’y a plus de raison pour graver l’héritage servant.” (Conf. Dalloz, n. 877 e 878; *Arntz*, n. 1159; Solon, n. 331; Laurent, n. 110 a 112; Demolombe, n. 642 e seg.; Pardessus, n. 225).

334. — Resolvida a questão no sentido de ficar extincta a servidão; qual o destino da indemnisação paga pelo dominante? Deve ser restituída?

E' restituída integralmente. E' esta a doutrina geralmente aceita (*Laurent*, ns. 113 a 115; *Dalloz*, n. 879 e seg.; *Demolombe*, n. 643, etc.); comquanto opinem outros pela restituíção parcial. (*Arntz*, n. 1159.)

Esta segunda opinião deve prevalecer no nosso direito, porque nelle não é devido o preço do terreno occupado pelo caminho, mas sim uma indemnisação pelo uso da área de terra applicada ao exercicio da servidão; ora, qual a razão de restituir a totalidade da indemnisação, senão porque entendem, que entre outros valores comprehende-se nella o preço do terreno onde se acha o aqueducto, que fica de novo á inteira disposição do serviente?

O Código Civil do Chile dispõe no art. 849:

Si a servidão de transito concedida de conformidade com os artigos precedentes, deixar de ser indispensavel para o predio dominante, pelo facto da aquisição de terrenos que dêem accesso comodo para a estrada publica, ou por outro meio qualquer, o dono do predio serviente terá direito para pedir que se o exonere da servidão, restituindo o que, ao estabelecer-a, lhe houver sido pago, *pelo valor do terreno*.

Veja-se: *Código Italiano*, art. 596; *Uruguayo*, art. 548; *Argentino*, art. 9.º do cap. 1.º, liv. 1.º, tit. 19.

335. — Os deveres do dominante e do serviente facilmente se comprehendem pela propria natureza da servidão. Aquelle não póde ir além do exercicio ou pratica dos actos constitutivos do transito ou passagem pelo predio alheio: responde por qualquer damno resultante de excesso ou aggravação no exercicio desse direito.

O serviente não póde oppôr impecilho de especie alguma ao exercicio regular da passagem por parte do dominante. Assim: não deve cercar o caminho; póde, porém, collocar uma cancella ou porteira, e, si houver necessidade de trancar esta, ou durante o dia, ou durante a noite, deve fornecer uma chave ao senhor do predio encravado, para proporcionar-lhe o transito. (*Demolombe*, n. 638; *Laurent*, n. 109.)

Esta opinião já era professada por Paulo Voet (*Pand.*, liv. 8.º, tit. 3.º, n. 4) nos seguintes termos:

Qualis via ex necessitate ac proecario indulgenda a cœteris in eo distat, quod non claudi tantum por dominum prædii servientis, sed et scindendo vel effodiendo corrumpi possit; ita ut demum rogatus, et necessitate urgente, eandem aperire teneatur, et habilem ad usum præstare.

TITULO II

SERVIDÕES CONVENCIONALES

336. — As servidões de que passamos agora a nos occupar são as que se fundão em actos praticados pelo homem: a expressão *convencionaes*, que empregamos na epigraphe está sancionada pelo uso. Já fizemos vêr que é, no rigor tecnico, incompleta, porque não comprehende as servidões adquiridas por testamento e por prescrição: desde, porém, que seja entendida como comprehensiva de todas as servidões que não são legaes, dá-se á expressão a devida amplitude e póde ser aceita: sómente neste sentido a recebemos.

As convenções podem ter por objecto a estipulação das mais variadas servidões: as de que tratamos são as mais frequentes e de maior importancia, mas não todas as que podem existir.

Nesta especie de servidões a sua constituição, o seu exercicio, os direitos e obrigações resultantes do onus real, tudo isso regula-se pelo titulo; é ella a lei das partes porque é o instrumento do contracto: os principios geraes servem apenas para supprir as suas lacunas.

Servidão de tirar agua. (aquæ haustus, ou aquæ haurendi)

337. — Consiste esta servidão na faculdade de tirar agua do poço, cisterna, ou ribeiro da exclusiva propriedade de outrem, para os usos domesticos, ou para qualquer outro fim de utilidade para o dominante. “Haustus est jus nempe aquæ hauriendæ ex fonte vel putei,

vel flumine privato alienà, uno nostris moribus utiliter etiam ex cisterna aliena." (*Voet*, ad Pandect. Liv. 8.º, tit. 3.º, n. 7.)

E' esta a noção que lhe emprestára o direito romano o que foi aceita no nosso direito. (Leis 1.º, 2.º, §§ 1.º e 2.º; L. 3.ª, § 3.º; L. 9.ª; L. 20, § 3.º, Dig. de servit, præd. rustic; *Instit.*, de servid. præd., *B. Carneiro*, § 32, n. 54; *Dir. das Cousas*, § 130, B; *Solon*, n. 452; *Maynz*, § 134; *Molitor*, Servit., n. 50; *Mackeldey*, § 323, n. 3, letra b.)

338. — Como a agua extrahida do poço, cisterna, fonte ou rio, póde necessitar ser transportada para grande distancia, esta servidão póde igualmente necessitar, como accessorio, além da servidão de caminho, que é indispensavel para ir ao lugar da agua, a de aqueducto, que póde ser igualmente de uso imprescindivel para o caso em que a agua extrahida de um rio fôr em maior volume e destinada a mover moinho, ou outro qualquer *engenho*, ou quando seja destinada ao supprimento essencial de uma fabrica industrial.

Ha, todavia, uma differença entre estas duas hypotheses.

No primeiro caso, isto é, da servidão de caminho, esta é devida, ainda que não seja mencionada no titulo da constituição da servidão: ella provém da disposição expressa da lei. (L. 3.ª, § 3.º, Dig. de servit. præd. rustic.; *Voet*, ad Pand., liv. 8.º, tit. 3.º, n. 7; *Mackeldey*, § 323 cit.; *B. Carneiro*, § 12, n. 59; *Cod. Civ. Austriaco*, art. 496.)

No segundo caso: a servidão de aqueducto deve ser expressamente estipulada no titulo constitutivo da primeira servidão, o que, porém, não quer dizer que o senhor do predio serviente tenha o direito de recusar-a ao dominante, facto que importaria negar o exercicio da primeira servidão.

339. — Si a agua escassear na fonte, poço ou cisterna e que hajam mais do um dominante na servidão, operar-se-ha o exercicio da

servidão por meio de divisão, e esta far-se-ha pelo tempo: dias ou horas, segundo a necessidade de cada um e a porção de água existente. (L. 2.^a §§ 1.º e 2.º, Dig. de servit. præd. rustic.; *B Carneiro*, § 32, ns. 50 e 58.)

340. — O dominante tem o direito de limpar e expurgar a cisterna, fonte ou poço de qualquer coisa que corrompa a água; não pôde ser embaraçado no exercício deste direito pelo serviente, sob pretexto algum: a obrigação de reconstruir, ou desobstruir o poço, pôde ser estipulada no título para ambos, e no caso de não haver menção, será sómente do dominante. (*Voet*, ad Pand. loc. cit.; *B. Carneiro*, § 32, ns. 64, 65 e 66.)

341. — Ao serviente é lícito fechar ou murar o poço, ou fonte, comtanto que facilite ao dominante o acesso á água (*Voet*, loc. cit.); não lhe é lícito usar da água, senão de modo que não a torne imprestável para o fim a que a destina o dominante: assim, não pôde fazer lavagem de roupa servida na fonte, cisterna ou poço que o dominante utiliza nos serviços de sua cozinha, ou para beber. (*B. Carneiro*, § 32, n. 67.)

342. — A servidão — *pecoris ad aquam ad pulsus* rege-se pelos mesmos principios da precedente: é um modo de utilização da água alheia perfeitamente equiparável á tirada d'água.

Em resguardo dos direitos do serviente tem-se entendido que é necessario estipular o numero de cabeças de animais que se poderá levar ao bebedouro, para ser excluído o excesso; na falta de estipulação sobre tal assumpto, deve ir o gado em pequena quantidade, o quanto comporte a água existente e o lugar de transito: em todo o caso o dominante, proprietario do gado, responde pelo damno causado. (*Voet*, ad Pandect., liv.8.º, tit. 3.º, n. 11; *B. Carneiro*, § 32, ns. 69 e 70; *Solon*, n. 453.)

Servidão de aqueducto (aquæ ductus).

343. — A servidão de aqueducto, de que nos vamos occupar, não se funda, como a de que tratamos, anteriormente na disposição da lei; é convencional, tem por origem e fundamento juridico o contracto que a constitue e que regula-lhe o exercicio em todas as suas phases.

Consiste ella no direito de fazer passar pelo predio alheio a agua de que o dominante pôde utilizar-se, por qualquer titulo: quer por propriedade como o de fonte, poço, cisterna que existe em terreno de dominio; quer por servidão como a que lhe garante a servidão *aquæ haustus*; quer por direito commum de uso, como o de rio publico. (L. 9, D. de servit præd rustic;; Cod. tit. de aqueductu; *Voet*. Liv. 8.º tit. 3.º, n. 6; *Maynz*, § 134, notas 9 e 10; *Mackeldey* § 323, n. 3; *Accarias*, n. 268; *Molitor*, n. 68; *B. Carneiro*, § 32, n. 14; *Solon*, n. 454.)

344. — Pódem ser applicados a ella os principios que desenvolvidamente expuzemos quando tratamos da servidão legal de aqueducto, e que não ha necessidade de reproduzir agora.

Convem apenas tornar saliente:

a) Que o objecto desta servidão convencional é amplo: ella tem por fim a passagem d'agua não sómente destinada á irrigação, como na servidão de que trata a Lei de 1804, mas para todos os misteres da vida (L. 3.ª D. de aqua cottid et æstiva) regulando-se a sua applicação apenas pelo titulo (*Voet*, loc. cit.; *B. Carneiro*, § 32, n. 25; *Lobão*, aguas, § 79).

b) Que o aqueducto deve ser construido de accordo com as estipulações do contrato, e que na falta destas poderá ser feito de tubos de barro, mas não construido de pedra, por ser esta construcção mais gravosa para o serviente. (L. 17 § 1.º D. de aqua et aquæ pluviae arc; *Molitor*, n. 48; *Mackeldey*, § 324; *Maynz*, loc. cit; *Voet*, loc. cit.; *B. Carneiro*, § 32, n. 38)

c) Póde ser estipulado em favor de muitas pessoas e neste caso o uso da agua canalizada operar-se-ha por divisão de tempo: dias ou horas. (L. 2 § 1.º D. de servit proed rustic; L. 4.^a e 5.^a D. de aqua cottid et æstiva.)

Potest autem non uni tantum, sed et pluribus undem per locum aqueductus concedi, ut vel simul vel diversis singuli diebus horisve ducant, si modo aqueductus et aqua omnibus sufficiat, (Voet, Pand. Liv. 8.º tit. 3.º n. 6; B. Carneiro, § 32, n. 16 e 17)

d) Que por expressa estipulação do titulo póde o serviente utilizar-se da agua do aqueducto: na falta de tal estipulação sómente lhe é dado o uso della para serviços domesticos, mas não a faculdade de estabelecer derivação do aqueducto. (*Demolombe*, n. 214.)

e) A extincção desta servidão é a consequencia do desaparecimento da fonte ou rio de onde corria a agua: si, porém, o rio ou fonte reviver, revive com ella a servidão. (*B. Carneiro*, § 32, n. 49.)

345. — A servidão de escoamento das aguas trazidas pelo aqueducto tem inteira applicação á servidão convencional, como á legal de passagem d'agua. Em referencia á ella devem ser applicados todos os principios que já deixámos expendidos, quando tratámos da servidão legal.

Desde que o contracto constitutivo da servidão seja omisso, ou na hypothese de ter esta sido constituída por prescripção torna-se opportuna a applicação daquelles principios, que constituem o corpo de doutrina aceita sobre tal assumpto.

Servidão de transito (iter, actus et via)

346. — No direito romano, cujas disposições são ainda hoje os principios que regem esta servidão no nosso direito, a servidão de transito desmembrava-se, segundo o maior ou menor *onus* que trazia ao serviente o seu exercicio nos tres elementos que podião constituir, em separado, uma manifestação da servidão, de per si: *Iter, actus et via*.

Iter, est jus eundi, ambulandi homini, diz a L. 1.^a Dig. de servit. præd. rustic., mais adiante a L. 7.^a do mesmo título, completando esta noção diz: *Qui sella aut lectica vehitur, IRE, NON AGERE,, dicitur. Jumentum veró ducere non potest, qui iter tantum habet.*

Da expressão *ambulandi* não se deve concluir que Ulpiano autorizasse a noção de poder a servidão iter consistir na mera faculdade de passear, sem outra maior utilidade para o predio dominante e isto porque, como diz Voet (Liv. 8.º, Tit. 3.º. n. 1): *quæ plus voluptatis quam utilitatis in se continet, ideoque personæ potius, quam prædio constituitur.*

Ambulandi deve ser tomado no sentido de ir e vir — *eundi ad redeundi*, diz Voet. (Conf. *Molitor*, n. 46.)

Segundo o direito romano, podia, pois, ser exercitada a servidão *itineris* não sómente passando a pé, mas também a cavallo (L. 12 D. de servit. præd. rustic), ou em liteira. (L. 7 eodem.)

No entanto, a liberdade de convenção era ampla e por ella podiam as partes limitar o *iter* á faculdade de passar a pé, negando a de passar a cavallo ou de liteira (L. 4.^a § 1.º, D. de servitud.), restricção esta que se devia também tacitamente julgar imposta, si para servidão de passagem se designava um caminho tão estreito que não admittisse senão a passagem de peões. (*Molitor*, n. 46.)

"Actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum," diz Ulpiano. (L. 1.^a D. de serv. præd. rust.) A expressão *agendi* deve ser entendida no sentido que lhe dá a Lei 235 D. de verbor. signif.: *"Agi ea, quæ animalia sunt."*

Esta servidão ampliava-se muitas vezes á faculdade de passar de carro, e conduzir carretas; faculdade que a Lei 15 D. de servit. limitava

sempre que o caminho concedido fosse de tal estreiteza — *tam angustii loci*, que não se pudesse effectuar a passagem de tais vehiculos.

Segundo a expressa disposição da Lei 1.^a Dig. de servit. proed. rustic., o *actus* comprehendia o *iter*: " qui *actum* habet, et *iter* habet "; podia, porém, no contracto constitutivo da servidão ser desagregado o *iter*, e o caminho ser concedido com a faculdade de passar a cavallo e de carro, mas não a pé?

A Lei 4.^a § 1.º, Dig. *si servitus vindicetur*, parece admittir essa possibilidade: "qui *iter sine actu*, vel *actum sine itinereo* habet, *actione de servitute utitur*"; diz a citada lei: no entanto a Lei 1.^a Dig. *de adimendis vel transf. legatis* dispõe: "qui *actu legato iter* adimit *quia nunquam actus sine itinere esse potest*."

A visível contradicção destes textos pretende Molitor conciliar nos seguintes termos:

Mais une distinction qui est tout-à-fait dans la nature des choses conciliera ses deux textes, en apparence contraires. La L. 1, D. 8, 3, en disant qu'il y a un *iter sine jumento* ou *sine actu*, insinue qu'il y a aussi un *iter cum jumento* ou *cum actu*. Or, le passage de l'homme, pour autant qu'il tend à l'exercice de l'*actus*, est inséparable de l'*actus*: en ce sens, celui qui ayant légué l'*actus* révoque l'*iter*, fait une disposition inutile. Mais l'*iter* qui n'aurait pas pour but de faire passer de bétail, peut être séparé de l'*actus* et peut être révoqué. L'*actus* peut donc être restreint au droit de faire passer les bestiaux, sans que l'on ait le droit de passer seul à toute autre fin. (N. 46, pag. 357.)

Voet exprime-se, a respeito da interpretação a dar aos dous textos, do seguinte modo:

In dubio scilicet hæc conjectura est, eum, qui *actum* concessit, longe magis *iter*, quod minus est, voluisse concedere; quæ proesumptio cessat, ubi in contrarium manifesta voluntatis declaratio est. Quod vero Paulus scripsit, eum, qui *actum legato iter* adimit, nihil adimire, quia *nunquam actus sine itinere esse potest*, id de eo haud dubiè intelligendum *itinere*, quod quis *jumentum* ducens aut *vehiculum*, simul ipse ire debet. Sed et dici potest, illum, qui

actu legato iter ademit nihil agere, quia iter, quod ab actu separatim consideratur ut alià servitus, non legaverat; frustra vero adimit testator, quod non prius ipse legavit. (Liv. 8.º, tit. 5.º, n. 2.)

A largura dos caminhos, em um e outro caso (*iter* e *actus*), quando não houvesse sido determinada na convenção, devia sel-o por arbitramento. (L. 13, § 2.º, D. de servit. præd. rustic.)

A noção do que seja a *via* deu Ulpiano na Lei 1.ª do Dig. de servit. præd. rusticorum: *Via, est jus eundi, et agendi, et ambulandi: nam et iter, et actum, et se via continet.*, e Paulo completou-a na Lei 7.ª do mesmo título, ibi: *Qui viam habent, eundi, agendique jus habent; perique, et trahendi quoque, et vetam hastam referendi, si modo fructus non lædat.*

Compreendia-se, pois, todos os modos de transito na ampla servidão que os romanos denominavam VIA: é conveniente, porém, distinguir entre esses direitos que conferem a servidão os que, na phrase de Molitor, lhe são inherentes, dos que apenas lhe são accessorios.

Nestes se comprehendem o *jus trahendi lapidem* e *ferendi hastam*: todos os mais que constituíam o *iter* e o *actus*, e o direito de fazer passar o gado e animais domesticos, pertencem á servidão e são-lhe inherentes.

E' por isso que Ulpiano, em geral rigorista em suas noções juridicas, excluiu de sua definição (L. 1.ª, Dig. de servit. præd. rust.) a faculdade de arrastar pedras e madeiras. (Maynz, § 134 e notas 7 e 8; Molitor, n. 46, pag. 358.)

Não quer isto dizer que a servidão — *viæ*, quando constituída, sem maiores explicações, não contivesse o direito de arrastar pedras e madeiras; bem ao envez disto, na noção que dão os interpretes, comprehende-se todos estes actos (*Voet*, ad Pand., liv. 8.º, tit. 3.º, n. 3); significa, porém, que a referida servidão podia existir sem comprehender a faculdade de pratical-os.

A largura do caminho, para o exercício desta servidão, devia ser estipulada no contracto (L. 23, D. servit, præd. rust.; Voet, loc. cit.), atendendo-se: “eam tamen ad minimum tantam esse necesse est, ut illac et jumentum et vehiculum inire queat; *ne alioquin iter magis aut actus, quam via, videretur concedi* (Voet, liv. 8.º, tit. 3.º, n. 3); na falta dessa estipulação, o caminho devia ter as dimensões taxadas na Lei 8.ª D. de servit. præd. rustic. (Maynz, nota 6 ao § 134; Accarias, n. 268; Molitor, n. 47; Mackeldey, § 323, n. 1 c; Ortolan, á Instit, n. 451.)

A locação do caminho devia ser feita no título. A importância deste facto revela-se nas consequências que acarretava a sua falta.

Effectivamente quando o local da servidão não era determinado, ficava todo o predio sujeito a ella; ao passo que a sua fixação circumscrevia a servidão ao lugar determinado e isentava todos os outros do encargo. É o que se deduz da disposição do § 1.º da Lei 13 do Dig. de servit. præd. rustic.

O exercício desta servidão não era embaraçado no direito romano, pela interposição de um jardim, parque ou ainda mesmo de um predio urbano, pelo qual se podesse dar passagem, abrindo portas que facilitassem o caminho. (L. 14. D. Comm. præd; Demol, Servit., n. 926.)

347. — No nosso direito a servidão de transito existe com os mesmos característicos do direito romano, despidido apenas de certo rigor de forma, que caracterisava as instituições civis daquelle direito.

O título ou escriptura de sua constituição é o regulador de todos os direitos que devem provir do onus real, e do seu modo de exercício; é por isso, que com justa razão, diz Pardessus (n. 231) que o primeiro cuidado dos juizes deve ser assegurar-se do alcance da convenção.

O lugar por onde se deve exercer a servidão, a largura da estrada, os direitos do dominante e do serviente, as horas em que deve

ter lugar a passagem; tudo isto ao título, ao instrumento da convenção cabe mencionar de modo a não deixar perdurar dúvidas.

Sendo uma das servidões mais frequentes entre nós, é a que offerece objecto de quasi todos os pleitos que aos tribunales são sujeitos sobre este assumpto: e quantas vezes a dúvida provém unicamente da pouca solicitude com que é tratada a redacção da escriptura constitutiva da servidão!

Os principios geraes, que se podem estabelecer, servem para regular a posição dos interessados na servidão, nos casos de omissão.

A regra que domina o assumpto é que a maior das especies de caminho, contém sempre a menor (*B. Carneiro*, vol. 4.º, n. 14), o que quer dizer que a servidão que dá o direito de passar de carro, comprehende a de passar a pé e em liteira; a que confere poderes para a passagem de carretas com pedras, zorras com madeiras, importa para o dominante a faculdade de passar a pé, a cavallo, em liteira, e de carro, etc.

Neste assumpto, assim como na determinação da largura do caminho, convém consultar sempre os costumes locais. O recurso á experiencia de peritos capazes deve ser o meio de decidir, no silencio dos titulos, quaesquer dúvidas sobre a fixação do local do caminho e a determinação de sua largura. Neste caso devem as partes, sendo impossivel o accôrdo, recorrer aos juizes municipaes ou de direito, segundo se tratar, de comarcas geraes ou especiaes, para determinar o lugar de servidão por meio de louvados nomeados pelas partes, procedendo-se a uma vistoria que proporcione a inspecção dos lugares.

As regras que mencionamos quando tratamos da servidão legal de transito de predio encravado, applicação-se ao caso presente, como principios reguladores no silencio dos titulos.

A locação do caminho está sujeita aos preceitos seguintes:

a) Deve operar-se pelo lugar o menos prejudicial ao serviente.

b) Feita ella, de modo regular, reputa-se fixado definitivamente o local para o effeito de ficar o predio serviente desobrigado nas outras partes da prestação da servidão.

c) Não é licito ao dominante variar de local sem assentimento do serviente. A este, porém, é sempre permittido, em falta de assentimento daquelle, requerer judicialmente a mudança, provando a aggravação do onus que lhe traz a servidão se continuar a ser exercida no mesmo lugar e o nenhum damno que soffre o dominante, com a mudança requerida.

Tratemos, porém, de um ponto, que convém ser esclarecido para evitar as frequentes contendas que surgem sobre esta servidão.

Quando a servidão de transito se acha constituida por uma escriptura, nenhuma duvida se offerece: a interpretação das clausulas obscuras, o supprimento da omissão se opera segundo as regras que mencionamos, e que dominam o assumpto.

Quando se deve reputar adquirida a servidão por prescrição na ausencia do titulo e que direitos adquire aquelle que a exercita durante certo espaço de tempo?

A resposta a estas duvidas é formal desde que se estabeleça:

As condições da prescrição acquisitiva do direito de servidão de caminho e seu effeito.

As condições para a aquisição da posse da servidão de transito e como é ella protegida em direito.

348. — A prescrição acquisitiva da servidão de caminho opera-se no nosso direito pela posse durante o lapso de dez annos entre presentes e vinte entre auzentes se existir justo titulo e boa fé; pelo de trinta annos, na falta de escriptura, que, segundo as regras de direito, se

reputa supprida pelo longo decurso de tempo, assim como o requisito da boa fé.⁴³ (Ord. do liv. 4.º, tit. 5.º, § 1.º; tit. 79, § 3.º; Consolid. das Leis Civis, 3.ª edição, notas aos arts. 1322 e 1325; *Correia Telles*, Dig. Portug. liv. 1.º, arts. 1332 e 1342).

Aquella que acredita ter em seu favor a prescrição da servidão deve recorrer á acção confessoria: é o meio de convencer o adversario em juizo, pois, esta acção é a reivindicatoria da servidão.

349. — A posse da servidão que assim leva á prescrição é tambem protegida em direito: no nosso ampara-a a *acção de manutenção* (interdicto *uti possidetis*) e até em sua mais energica manifestação, o desforço *incontinenti*, se póde dar a repulsa do possuidor turbado. (*Savigny*, Posse, § 46; Doutr. das Acç., edição Teixeira de Freitas, § 88 e notas; *B. Carneiro*, § 18, n. 35 a 44).

A posse que autoriza o uso do interdicto, ou acção de manutenção, deve reunir os seguintes requisitos:

a) Não ser viciosa; isto é, não ser devida á violencia, não ser *clandestina* ou *precaria*. O vicio da precariedade consiste em não se fundar ella na intenção do exercicio de um direito, mas serem os actos da servidão praticados accidentalmente; por ex.: passar pelo caminho por estar obstruida ou inundada a estrada publica.

b) Que não seja interrompida nem contestada pelo dono do predio.

c) Que dure por mais de um anno (Doutr. das Acç., § 88).

Deste ultimo requisito da posse e da protecção que a este se concede, provém a falsa crença popular de que a servidão de transito se deve reputar estabelecida pelo uso de anno e dia.

⁴³ *Justo titulo*: é o habil para a transferencia do dominio, mas, que neste caso não a póde operar por ser vicioso; por ex.: dado a *non domino*: não é titulo que fundamente a prescrição, aquella que é nullo por falta de formalidade externa. (*Correia Telles*, loc. cit., art. 1340).

Como se vê, não é o direito da servidão, protegido pela acção confessoria, que se adquire pela passagem durante esse curto lapso de tempo: é apenas o estado de posse, que supre para poder ser amparado pela acção de manutenção, o concurso dos requisitos que enumeramos, e cuja ausência transforma a posse jurídica em um acto de violência, em uma via de facto, sujeita á repulsa do senhor do predio.

Servidão de pasto. (servitus pascendi.)

350. — Consiste esta servidão no direito de fazer pastar animais pertencentes ao nosso predio, no predio alheio. (L. 3.^a princ. e L. 4.^a D. de servit, præd. rust.)

“Pecoris pascendi jus est, quod licitum alieni suum pecus immittere in pastum alterius pascendi causa.” (*Voet*, ad Pandect., Liv. 8.º, tit. 3.º. n. 10; *Marckeldey*, § 323, n. 2; *Maynz*, § 134; *Molitor*, Servit., n. 49; *Solon*, n. 455; *Demol.*, n. 931; *B. Carneiro*, § 26, ns. 1 e 2; *Dir. das Cousas*, § 130, n. 4.)

Como em todas as servidões convencionaes as clausulas da constituição desta devem ser expressas, e comprehender de modo claro e preciso em suas estipulações: a qualidade e numero de cabeças de animais, que poderão ser levados á pastagem, a parte do predio que fica sujeito a servidão, si esta se deve exercitar sómente nos pastos limpos, ou nas capoeiras e mattos, a época em que o exercicio da servidão é concedida, as horas, os dias, o tempo, enfim, durante o qual os animais se poderão conservar nas pastagens.

Os direitos do dominante e do serviente e as obrigações de cada um devem ser especificados com escrupulosa clareza no titulo.

No silencio deste regem os principios geraes, que se podem consubstanciar nas seguintes regras:

a) Si a época em que os animais deverem ser conduzidos á pastagem não houver sido estipulada, e o predio semente fôr agricultado, entende-se que sómente depois das colheitas é franqueado o pasto, mórmente se por não serem seguras as tapagens, ou por qualquer outra circumstancia, poderem os animais damnificar as plantações ou os terrenos lavrados. (*Mackeldey*, § 323, n. 2 a; *B. Carneiro*, § 26, n. 7; *Lehr*, Dir. Civ. Russo, n. 320.)

b) Si a qualidade dos animais não é estipulada, comprehende a servidão toda a especie de animais, com excepção dos damnhinhos, como porcos, cabras, etc. (*Mackeldey*, loc. cit., b; *B. Carneiro*, § 26, n. 8; *Lehr*, Dir. Civ. Russo, n. 342); ou empestados, que deverão ser excluidos. (*Demolombe*, n. 933; *B. Carneiro*, § 26, n. 10; *Lehr*, Dir. Civ. Russo, n. 342.)

c) Si não é especificado o numero de animais entende-se que comprehende a servidão todos os animais do predio dominante, em contrario ao que se observava no direito romano, que apenas permittia, neste caso, os animais consagrados ao trabalho agrícola do predio dominante: *ut arver aratores, per quos fundus colitur*, o que naquelle direito caracterisava a servidão real de pasto. (L. 3.^a, D. de servit, præd. rustic; *Voet*, ad Pand., Liv. 8.º, tit. 3º, n. 10; *Mackeldey*, loc. cit., c; *Molitor*, n. 49.)

d) O serviente tem o direito do fechar os seus pastos, facilitando, porém, uma estrada aos animais do dominante. (*Demol.*, n. 934.) A opinião de Borges Carneiro (§ 26, ns. 22 e 23) não deve ser aceita em absoluto: tem contra si os nossos costumes ruraes.

f) O serviente, se não houver estipulação em contrario no contracto, tem a faculdade de fazer pastar tambem os seus animais nas pastagens sujeitas á servidão. (*Lehr*, Dir. Civ. Russo, n. 342.) Comtanto que estas sejam sufficientes para todos os animais de uma e outra; si o numero delles houver sido fixado no contracto: no caso contrario a determinação do numero de cabeças deve ser requerida á autoridade

judiciaria. (*Voet*, loc. cit.; *Mackeldey*, loc. cit.; *Dir. das Cousas*, loc. cit. letra c; *B. Carneiro*, § 26, n. 6, nota a.)

A faculdade que tem o serviente chama-se direito de compascuo (*jus compascendi*); (*Vinnio*, loc. cit.) denominação que se estende á communhão de pasto com qualquer visinho: si plurium commune est, jus compasceri appellatur. (*Vinnio*, loc. cit.)

351. — Nem sempre esta servidão é real: todas as vezes que o direito de ter animaes a pastarem no predio alheio houver sido estipulado em favor de certa e determinada pessoa, a servidão é pessoal, e consequentemente desaparece com a morte do dominante; o que não acontece no caso de ser real, em que a *perpetuidade* é uma das condições legais de sua constituição, como o é em todas as servidões prediais. (L. 4.^a, Dig. de servit, præd. rustic.; *B. Carneiro*, § 26, n. 3; *Molitor*, n. 49; *Voet*, loc. cit.)

Ao dominante é licito mandar construir no predio serviente uma cabana, ou casa pequena para residencia do pastor, no caso de ser a pastagem concedida para todo o dia e noite, sem interrupção. (L. 6.^a, Dig. de servit. præd. rustic.; *Molitor*, n. 49.) Qui servitute pascui habet, aut pecoris appellandi ei etiam talis constitui potest ut tugurium ibi habere liceat, ut si hiems ingruerit, habeat, quo se recipiat. (*Vinnio*, loc. cit.; *Voet*, loc. cit., n. 11.)

352. — Os codigos modernos não regularam especialmente a servidão de pastagem.

Concedendo amplissima liberdade ás convenções na constituição das servidões que se originam do facto humano, deixaram inteiramente á previdencia e solitudine dos interessados o estabelecimento e fixação das clausulas reguladoras desta, como de outras servidões, cuja enumeração é difficil, por isso que podem ellas ter por objecto as mais variadas manifestações da utilização dos predios.

O Código Civil Português regulou em disposições expressas o direito de compascuo e definiu-o no art. 2262, como consistindo: "na communhão de pastos de predios pertencentes a diversos proprietarios".

Confia unicamente da convenção a constituição de taes servidões; condemna as que provieram da "prescrição e restringio a sua criação aos contractos e testamentos; tal é a disposição do art. 2264:

Fica abolido o direito de compascuo, estabelecido em predios particulares, por concessão tacita, anteriormente á promulgação deste código. De futuro só poderá ser constituido por concessão expressa dos proprietarios. Concessão expressa é a que resulta de contracto, ou de disposição de ultima vontade.

Outro principio que o referido código consagra é o da remissão obrigatoria da servidão: desde que seja pago pelo serviente o justo valor do encargo, a servidão perpetua é remida e considera-se relaxado o laço contractual que se estabelecera pela constituição della.

E' a disposição do art. 2266.

353. — No direito romano faz-se menção de diversas servidões que os códigos modernos deixaram para serem reguladas pelas convenções particulares; são ellas as que se denominavam: *calcis coquendæ*, *arenæ fodiendæ*, de que trata o § 1.^a da Lei 1.^a do Digesto de servit. præd. rust. e as *lapidis cœdendi*, *cretæ eximendæ*, *pedamenta sumenda*, de que se occupam Vinnio, no lugar já citado, e Voet ad Pand., liv. 8.^o, tit. 8.^o, n. 11.

Estas servidões podem, ser entre nós, objecto do convenções ou contractos nos quaes sejam estipuladas.

354. — Alguns Códigos modernos, á imitação do Código Civil francez, capitularam entre as servidões oriundas da situação dos lugares, as de demarcação (*bornage*) e de cercar o predio (clôture.) Não as incluímos

entre as servidões legais, porque não as consideramos tais, antes entendemos que faltam-lhes os caracteres distintivos desses onus reais.

A faculdade de demarcar-se baseia-se no exercício da propriedade, é um modo de manifestação desse direito (*Laurent Principes de droit civil*, vol 7.º n. 417) e deve ser antes considerada uma *obrigação de fazer* fundada no direito dominical (*Arntz, Cours de droit civil*, vol. 1.º n. 1088.)

Também não foi essa obrigação incluída pelos organizadores do Código Civil francês entre as servidões, sem grande discussão.

No Conselho d'Estado Regnaud d'Angely fizera sentir, com a maior procedência, que o *bornage* não era uma servidão e a resposta de Treilhard que a servidão, neste caso, consistia na *obrigação de suportar a demarcação*, encerra uma falsa apreciação das relações jurídicas criadas pela posição dos prédios que se demarcam.

Demolombe (*Traité des servitudes*, vol 1.º n. 242) querendo dar o fundamento da inclusão do *bornage* entre as servidões que resultam da situação dos lugares, fal-o nos seguintes termos:

C'est qui en effet elle constitue, de chaque côté, activement et passivement, un attribut réel de la propriété, qui se transmet pourtant avec elle, et qui est bien, certes, la conséquence la plus immédiate de la situation des lieux.

Não nos parece de grande conclusão esta justificação que reconhece no direito à demarcação um atributo real da propriedade, e não uma limitação ao seu exercício, um desmembramento dos seus elementos, o que constitui o característico das servidões.

A demarcação dos predios se obtém por meio da acção *finium regundorum*, oriunda do direito romano, onde nunca foi objecto de confusão a natureza dessa acção com a noção das servidões reaes.⁴⁴

355. — Quanto ao direito que tem todo o proprietario rural de cercar o seu predio rustico, funda-se igualmente no seu dominio. Póde-se, é verdade, dar o caso de ser por convenção imposta a um visinho a obrigação de manter uma tapagem segura: vallo, cerca viva ou morta, que garanta um predio contra a invasão dos animaes do outro. A não se dar, porém, o contracto, deve ser considerada a faculdade de cercar ou *fazer tapagens* uma manifestação do direito dominical; ninguém tem, porém, o direito de obrigar o visinho a fazer a *tapagem*, quer esta consista em *valla*, quer em *cerca*.

356. — A tapagem compete áquelle que tem interesse em fazei-a: si ambos os confrontantes convêm em leval-a a effeito, partilhando as despesas, dá-se o caso da meiação da *valla*, ao passo que, na primeira hypothese, devendo ser ella feita nos terrenos do predio daquelle que quer fazer a *tapagem*, a este unicamente pertence o dominio da *valla*. (*Demolombe*, Serv., vol. 1.º, n. 464; *Emilio Accolas*, Manual de Direito Civil, vol. 1.º, pag. 694; *Arntz*, n. 1116, etc.)

357. — A regra é, pois, que a *valla* pertence ao dono do terreno onde ella existe. Si houver sido cavada metade em terreno de um dos predios e a outra metade no terreno do predio visinho, tendo sido a terra lançada nas bordas de ambos os lados, presume-se que a *valla* é de meiação, salvo havendo titulo, ou qualquer signal que ataque esta presumpção. (*Cod. Civ. Francez*, art. 666.)

⁴⁴ Sobre esta acção deve ser lida a monographia do Sr. Dr. Macedo Soares; *Tratado juridico e pratico da medição e demarcação das terras tanto particulares como publicas*: na qual o assumpto é tratado com proficiencia.

O fundamento de tal presumpção é regular, pois basea-se no facto de ter cada um dos confrontantes cedido terreno seu para ser cavada a *valla*. (*Demolombe*, n. 451; *Arntz*, n. 1116; *Laurent*, vol. 7.º, ns. 570 e 571.)

358. — Aquelle a quem pertence a *valla* cabe a obrigação de avival-a e limpal-a e neste caso a elle exclusivamente pertencem as arvores, madeiras e peixes que forem encontrados dentro. No caso, porém, de meiação a obrigação compele a ambos e a ambos tambem o direito a tudo o que contiver a *valla*. (Cod. Civ. francez, art. 669; *Demolombe*, n. 460; *Laurent*, vol. 7.º, n. 574).

359. — A tapagem póde ser feita com cercas vivas ou mortas.

Quer se trate de umas, quer de outras, a presumpção da meiação existe sómente quando a cerca é feita em ambos os terrenos e com madeiras ou varas tiradas em um e outro predio: a disposição do art. 670 do Codigo francez não póde regular no nosso direito, por isso que a presumpção de meiação por elle estabelecida, não sendo deduzida, como a que propomos, do dominio do terreno occupado pela cerca da tapagem, mas sim do facto de achar-se, ou não, o predio cercado, sómente póde ser admittida em face de disposição expressa da lei.

A cerca pertence ao dono do predio em que se acha, como accessorio do terreno: a este cabe o dever de dobrar a cerca viva, limpal-a, replantal-a, ou reparar a cerca morta.

Aquelle que plantar arbustos ou arvores para cerca viva tem o dever de fazel-o arredado da linha divisoria dos predios, segundo os marcos, o espaço de dous palmos. (*Correia Telles*, Dig. Portuguez, tomo 1.º, art. 810).

360. — Os galhos mortos tirados ás cercas vivas e a madeira retirada da cerca morta peitencem ao dono da tapagem.

FIM

INDICE

INTRODUÇÃO	7 a 17
------------------	--------

PARTE GERAL

Noção e natureza da servidão. Indivisibilidade. Inalienabilidade. Constituição das servidões. Direito e quasi posse da servidão. Sua protecção. Efeitos gerais da servidão	18 a 89
Classificações das servidões: Segundo a sua origem. Segundo a sua natureza. Segundo o seu modo de exercício.....	89 a 131
Extinção das servidões.....	131 a 165

PARTE ESPECIAL

SECÇÃO I

Servidões urbanas.....	166
------------------------	-----

TITULO I

SERVIDÕES LEGAIS

Servidão negativa de janelas e frestas.....	166
Servidão de metter trave.....	176

TITULO II

SERVIDÕES ORIUNDAS DO FACTO HUMANO

Servidões tiqui immittendi e oneris fazendi	184
Servidões stillicidium	196
Servidões: De lançar fumo; de esgoto de latrinas	203

Servidão de não levantar o prédio	206
Servidão de luz	211
Servidão de vista	215

SECÇÃO II

SERVIDÕES RURAES

TÍTULO I

SERVIDÕES LEGAES

Servidão natural de escoamento das águas	220
Servidão de passagem d'água	232
Servidão de escoamento de águas stagnadas	254
Servidão de uso de águas superfluas.....	257
Servidão legal de trânsito de prédio encravado	259

TÍTULO II

SERVIDÕES CONVENCIONALES

Servidão de tirar água	279
Servidão de aqueducto.....	282
Servidão de trânsito	283
Servidão de pasto	291
Servidões diversas	294
Tapagem.....	297
Vallação	297